

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**  
**ESCUELA DE POST GRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA**



**TÍTULO**

**“TUTELA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN LOS  
PROCESOS DE FILIACIÓN EXTRA-MATRIMONIAL A PARTIR DE LA  
VIGENCIA DE LA LEY 28457:**

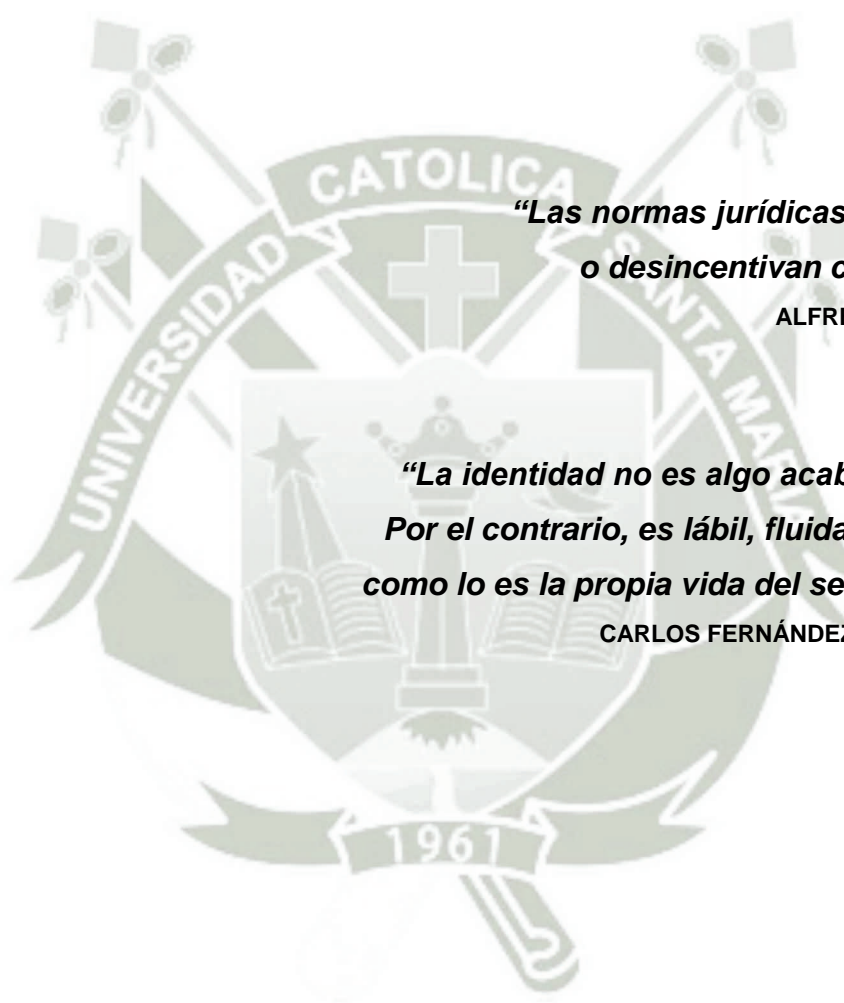
**PRESUNCIONES Vs PRUEBA DE ADN”**

**Tesis presentada por el Bachiller en Derecho  
JAVIER EDUARDO FERNÁNDEZ DÁVILA MERCADO  
Para optar el grado académico de  
Magíster en Derecho de Familia**

**AREQUIPA – PERÚ  
2010**

*A mis padres,  
A mi esposa e hijos,  
Por su apoyo  
Incondicional*





***“Las normas jurídicas incentivan  
o desincentivan conductas.”***

**ALFREDO BULLARD**

***“La identidad no es algo acabado, finito.  
Por el contrario, es lábil, fluida, dinámica,  
como lo es la propia vida del ser humano.”***

**CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO**

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis amigos y familiares, por el apoyo moral brindado.





## Índice

RESUMEN  
SUMMARY  
INTRODUCCIÓN

### PARTE I FILIACIÓN

#### **CAPÍTULO I**

##### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LEGISLATIVA**

1. PREÁMBULO.....	14
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	15
2.1. LA FILIACIÓN BIOLÓGICA .....	16
2.2. FILIACIÓN JURÍDICA.....	19
2.2.1. EVOLUCIÓN EN LA ANTIGÜEDAD A TRAVÉS DE LA FAMILIA .....	19
2.2.2. FILIACIÓN EN LA CIVILIZACIÓN ROMANA.....	22
2.2.3. LA EDAD MEDIA, REVOLUCIÓN FRANCESA Y EL CODE.....	25
2.2.4. EVOLUCIÓN DE LA FILIACIÓN EN EUROPA.....	28
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL .....	29
3.1. EVOLUCIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVILES .....	29
3.1.1. Código Civil de 1852 .....	29
3.1.2. Código Civil de 1936 .....	32
a) Reconocimiento Judicial.....	33
b) Reconocimiento Voluntario.....	34
3.1.3. Código Civil de 1984 .....	36

#### **CAPÍTULO II**

##### **MARCO DOCTRINARIO**

##### ***SUBCAPÍTULO I***

<b><i>FILIACIÓN JURÍDICA</i></b> .....	41
1. ASPECTOS GENERALES .....	41
2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.....	43
3. CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN .....	43
3.1. FILIACIÓN MATRIMONIAL .....	44
3.1.1. Teoría de la Concepción .....	44
3.1.2. Teoría del Nacimiento .....	45
3.1.3. Teoría Mixta .....	45
3.2. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	46

##### ***SUBCAPÍTULO II***

##### ***FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL***

1. GENERALIDADES.....	48
1.1. CONCEPTO. ....	48
2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	50
2.1. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO.....	50
2.1.1. Naturaleza Jurídica .....	51
2.1.2. Formas de realizar el Reconocimiento Voluntario .....	52
2.1.3. Caracteres Jurídicos del Reconocimiento .....	52
2.1.4. Persona con facultad para realizar el reconocimiento .....	53
2.2. DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN.....	55
2.2.1. Concepto.....	55
2.2.2. Fundamento de la Investigación Judicial de la Relación Paterno-Filial.....	56
2.2.3. Casos en que procede la Investigación Judicial de la Paternidad .....	57
2.2.4. Efectos de la Sentencia de Filiación Extramatrimonial .....	63

## PARTE II

### INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD, ALTERNATIVAS Y EFECTOS

#### **CAPÍTULO I**

##### **SISTEMAS DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD**

1. CUESTIONES PRELIMINARES.....	64
2. SISTEMAS DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD.....	65
2.1. SISTEMA PROHIBITIVO.....	66
3. SISTEMA PERMISIVO.....	67
3.1. SISTEMA CERRADO O SOCIAL.....	67
3.2. SISTEMA ABIERTO O BIOLÓGICO.....	67
3.3. SISTEMA MIXTO.....	68

#### **CAPÍTULO II**

##### **DESARROLLO HISTÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

1. PAUTAS EVOLUTIVAS.....	70
1.1. DERECHO ROMANO.....	70
1.2. EL DERECHO CANÓNICO.....	71
1.3. EL DERECHO MEDIOEVAL.....	71
1.4. EL DERECHO FRANCÉS.....	72
1.5. EL DERECHO ESPAÑOL.....	72
1.6. EL SISTEMA GERMÁNICO.....	73
2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL.....	75

#### **CAPÍTULO III**

##### **LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL DERECHO PERUANO**

1. EL DISCURRIR LEGISLATIVO DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.....	79
2. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL NECESARIA PARA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.....	82
2.1. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL.....	82
2.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979.....	82
2.3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.....	84

#### **CAPÍTULO IV**

##### **SISTEMA DUAL DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD**

1. INTRODUCCIÓN DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS.....	85
2. PROCESO ESPECIAL PARA LA INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD.....	86
3. ANÁLISIS DEL SISTEMA PROCESAL PERUANO DE BÚSQUEDA DE LA PATERNIDAD.....	88
3.1. ASPECTOS PROCESALES.....	89
3.1.1. Sistema Cerrado basado en Presunciones.....	89
3.1.2. Sistema Abierto basado en Pruebas Biológicas.....	91

#### **CAPÍTULO V**

##### **ALTERNATIVAS A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD –HIJO ALIMENTISTA–**

1. HIJO ALIMENTISTA EN LA CODIFICACIÓN CIVIL PERUANA.....	95
1.1. REFERENCIA HISTÓRICA.....	95
1.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	97
1.3. DEFINICIÓN DE HIJO ALIMENTISTA.....	98
1.4. LOS HIJOS ALIMENTISTAS COMO HIJOS NO RECONOCIDOS.....	101
1.5. EFECTOS JURÍDICOS.....	102
1.6. EXTINCIÓN.....	102

## **CAPÍTULO VI**

### **LA RESPONSABILIDAD CIVIL ANTE LA INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD**

1. INTRODUCCIÓN .....	103
2. FUNDAMENTOS PARA LA REPARACIÓN .....	105
2.1. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL .....	106
2.1.1. Antijuricidad .....	106
2.1.2. Daño .....	107
2.1.3. Relación de causalidad .....	108
3. LAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD .....	109
4. LA RESPONSABILIDAD DE LA MADRE POR NO ACCIONAR .....	109

## **PARTE III**

### **BASES PARA UN SISTEMA UNÍVOCO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL**

## **CAPÍTULO I**

### **DERECHO A LA IDENTIDAD**

1. CUESTIONES PRELIMINARES .....	111
1.1. NOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS .....	113
2. DERECHO A LA IDENTIDAD COMO DERECHO HUMANO .....	115
2.1. MARCO INTERNACIONAL .....	116
2.2. CASACIONES .....	117
2.3. DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD .....	117
2.4. CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD .....	120
3. DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO RECONOCIDO .....	123
3.1. ¿QUÉ OPINAN LOS TRIBUNALES PERUANOS? EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN SEDE DE CORTE. ....	126

## **CAPÍTULO II**

### **SISTEMAS DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

1. CUESTIONES PRELIMINARES .....	132
1.1. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD .....	132
1.2. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA PATERNIDAD EN SEDE DE CORTE: CRÍTICAS Y COMENTARIOS .....	137
1.3. HIJO ALIMENTISTA .....	140
1.4. LA FIGURA JURÍDICA DEL HIJO ALIMENTISTA EN SEDE DE CORTE: CRÍTICAS Y COMENTARIOS .....	142
1.5. DAÑOS A LA IDENTIDAD PERSONAL .....	148

## **CAPÍTULO III**

### **BASES PARA UN SISTEMA UNÍVOCO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL**

#### **La Tutela Única dentro del Marco Constitucional**

1. TUTELA DE PROTECCIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD .....	154
2. SANCIONES POR EL DAÑO .....	155
3. ACCIÓN OFICIOSA .....	156

<b>CONCLUSIONES</b> .....	158
---------------------------	-----

<b>APORTE JURÍDICO. PROYECTO DE REFORMA</b> .....	160
---	-----

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	162
---------------------------	-----

**ANEXO I:** PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

**ANEXO II:** PROYECTO DE LEY 27048

**ANEXO III:** PROYECTO DE LEY 28457



## RESUMEN

La presente tesis denominada “*Tutela del derecho a la identidad personal en los procesos de filiación extra-matrimonial a partir de la vigencia de la Ley 28457: Presunciones vs. Prueba de ADN*”, está conformada por tres partes generales, las conclusiones a la investigación, la propuesta de reforma legislativa y un anexo que contiene el proyecto de investigación.

La primera parte de la presente investigación, titulada “Filiación”, está subdividida en dos capítulos; el primer capítulo contiene una descripción panorámica de la evolución histórica y jurídica de la filiación, en el segundo capítulo hay una explicación doctrinaria, en dos sub-capítulos como son: Filiación Jurídica y el segundo Filiación Extra-matrimonial, las cuales son de relevancia en el presente trabajo de investigación.

La segunda parte, comprende el tema “Investigación de la Paternidad, alternativas y efectos”, la que está dividida en seis capítulos, con los que hemos desarrollado los sistemas de investigación de la paternidad, luego el Desarrollo Histórico, La Evolución Legislativa en el Derecho Peruano, El Sistema Dual de la Investigación de la Paternidad, las Alternativas a las Investigación de la Paternidad considerando al hijo alimentista como parte importante, y una Definición de la Responsabilidad Civil así como de la Reparación.

En la Tercera Parte, realizamos un análisis de las Bases para un sistema univoco del derecho a la identidad personal, cuyo contenido esencial está estructurado en tres capítulos elaborados sobre el derecho a la identidad, incluyendo la identidad del hijo extramatrimonial, definiendo los sistemas de investigación de la paternidad, y culminando esta parte con la



argumentación de las bases para un sistema unívoco del derecho a la identidad personal, como forma de tutela dentro del marco constitucional.

En las conclusiones, a las que se ha llegado después de la elaboración del presente trabajo de investigación, se ha plasmado lo analizado, revisado y estudiado; lo que estamos sustentando con la síntesis de nuestros argumentos y resultados obtenidos que apoyan la tesis de reformulación del actual sistema de tutela que contiene el sistema de investigación de la paternidad con todos los aspectos requeridos, porque considero que el contenido esencial del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado está comprendido por dos componentes el estático y el dinámico, lo que explicamos en forma amplia en el presente trabajo.

Arequipa, Julio 2010.

## SUMMARY

The present thesis, entitled "Protecting the right to personal identity in the process of extra-marital affiliation from the force of Law 28 457: Assumptions vs. DNA test" consists of three general parts, the research findings, the proposed legislative reform and an annex containing the research project.

The first part of this research, entitled "profile", is subdivided into two chapters, the first chapter contains a panoramic description of the historical and legal parentage in the second chapter is a doctrinal explanation, into two sub-chapters such as: Affiliation Legal and Extra-marital second profile, which are of relevance in the present investigation.

The second part covers the topic "Investigation of Paternity, alternatives and effects", which is divided into six chapters, with which we have developed systems of paternity, then the historical, legislative developments in the law Peruvian, the Dual System Parenthood Research, Alternatives to Parenting Research considering the child food as an important part, and a Definition of Liability and Reparation.

In Part Three, we examine the basis for a univocal system of the right to personal identity, whose core content is organized in three chapters elaborate on the right to identity, including the identities of the illegitimate child, defining research systems of paternity, and culminating with the argument that part of the basis for a univocal system of the right to personal identity, as a form of protection within the constitutional framework.

In the conclusions, which has arrived after the preparation of this research work has been translated as tested, reviewed and studied, what we

are supporting with the synthesis of our arguments and results which support the reformulation of current system of protection contained in the system of investigation of paternity with all required aspects because I believe that the essence of the right to personal identity of the illegitimate child is not recognized or declared by two components including static and dynamic, we explained extensively in this paper.

Arequipa, July 2010.





## INTRODUCCIÓN

El tema central de la presente investigación es el estudio del sistema jurídico de tutela del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado. Con el propósito de mejorar el actual sistema, que ha sufrido a lo largo de su vigencia (1984 – 2010) una serie de modificaciones que lo han desvirtuado afectando su eficacia y posibilitando situaciones de injusticia.

El citado sistema jurídico de tutela del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, encuentra su base en la Constitución Política de 1993 para de ahí, encontrar su desarrollo constitucional en las normas sobre filiación extramatrimonial ubicadas en el Código Civil de 1984 y, de manera supletoria en las normas del Código de los Niños y Adolescentes. Motivo por el cual el tema de investigación abarca múltiples áreas del Derecho, entre ellas el Derecho Constitucional, Derecho Civil, y Derecho de Familia.

Las citadas modificaciones, al sistema de tutela del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido, introducidas por las Leyes N° 27048 (1999) y N° 28485 (2005) implican la entrada en escena de un sistema de investigación de paternidad extramatrimonial basado en la certeza del resultado de la prueba genética de ADN para establecer la paternidad extramatrimonial. Sin embargo, estas normas no desplazaron al anterior sistema de investigación de paternidad basado en presunciones y pruebas de escasa certeza en la investigación de paternidad extramatrimonial. Por estos motivos, el sistema quedó desvirtuado, lo que a su vez restó eficacia al mismo. A lo que debe agregarse, que el contenido esencial del derecho a la identidad personal es posterior a la entrada en

vigencia del Código Civil de 1984, es decir, la identidad personal en materia de derechos civiles está tutelado por normas jurídicas anteriores a su entrada en escena, hecho que ha dejado sin tutela aspectos básicos de la identidad personal del ser humano, en especial del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado.

En este escenario han surgido nuevos aspectos del derecho a la identidad que no han sido recogidos en la ley ni en la experiencia judicial o jurisprudencial. Motivo por el cual, hace sentido dedicar esfuerzos académicos para determinar el contenido esencial del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, así como analizar el actual sistema de tutela de investigación de paternidad extramatrimonial y ofrecer las bases para un nuevo sistema de tutela del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido que sea justo y eficiente, conforme a los requerimientos de la actual sociedad y teniendo presente el actual estado de la ciencia en materia de investigación de paternidad extramatrimonial.

El Derecho es un instrumento para la realización de la justicia, en virtud de ello, en este particular caso, en donde se advierten incoherencias evidentes, se hace necesario la revisión de sus postulados a efectos de confrontarlos con los actuales requerimiento de la sociedad con la finalidad de obtener estándares aceptable de justicia a nivel de la investigación de paternidad extramatrimonial.

Arequipa, Julio 2010.

## **PARTE I**

### **FILIACIÓN**

#### **CAPÍTULO I**

#### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LEGISLATIVA**

##### **SUMILLA**

1. PREÁMBULO. 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 2.1. LA FILIACIÓN BIOLÓGICA. 2.2. FILIACIÓN JURÍDICA. 2.2.1. EVOLUCIÓN EN LA ANTIGÜEDAD A TRAVÉS DE LA FAMILIA. 2.2.2. FILIACIÓN EN LA CIVILIZACIÓN ROMANA. 2.2.3. LA EDAD MEDIA, REVOLUCIÓN FRANCESA Y EL CODE. 2.2.4. EVOLUCIÓN DE LA FILIACIÓN EN EUROPA. 3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL. 3.1. EVOLUCIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVILES. 3.1.1. Código Civil de 1852. 3.1.2. Código Civil de 1936. 3.1.3. Código Civil de 1984. ....

##### **OBJETIVOS**

1. Identificar las diferentes filiaciones y sus características propias y particularidades.
2. Advertir la vía paralela que ha seguido la Filiación Biológica y la Filiación Jurídica.
3. Apreciar, los avances evolutivos de cada tipo de filiación a fin de darse una idea como ya es necesario su conexión integral

#### **1. PREÁMBULO**

*“La filiación puede entenderse como un hecho natural basado en la procreación y como un hecho jurídico del que se deriva el estado de filiación, es decir la situación jurídica o posición que una persona ocupa dentro de la familia en calidad de hijo, constatado legalmente”<sup>1</sup>.*

*“Desde los orígenes del hombre pasando por los estados fundamentales de la evolución humana (salvajismo, barbarie, civilización) primó un derecho materno. La descendencia de la mujer fue siempre identificable, (clara, precisa), no así la del hombre”<sup>2</sup>.*

<sup>1</sup> Congreso Derecho Familia. Ponencia: La Reforma del Régimen Jurídico de la Filiación en nuestro derecho. La Verdad Biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad. España, 2005, págs.2 y ss.

<sup>2</sup> ENGELS, Federic, El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. Perú Andino, Lima, 1988, págs. 17, 57, 70.



Estas dos citas nos pueden mostrar una visión panorámica, de lo que es materia de la presente investigación; así vemos que: ***La falta de certidumbre en la filiación paterna a diferencia de la filiación materna***, así como las muchas veces ***inexistente concordancia entre el hecho biológico de la procreación y su contraparte la Filiación Jurídica***; a significado una evolución constante a lo largo de nuestra historia y es que recién en nuestros días parece tener soluciones más uniformes. Hemos pasado por etapas donde jurídicamente se ignoraba la filiación paterna, momentos donde se le reconocía sólo en ciertos supuestos y con efectos discriminatorios o etapas donde se le veía sólo desde el punto de vista del progenitor y su entorno matrimonial. Las motivaciones no sólo fueron por el desconocimiento, la imposibilidad o dificultad probatoria, sino en algunos casos también lo eran por conveniencias sociales que privilegiaban algunas figuras jurídicas o derechos en desmedro de otros.

Es en nuestros días y ya desde el reconocimiento internacional de los derechos fundamentales y los tratados internacionales, que el tratamiento a la filiación paterna ha ido siguiendo un rumbo casi uniforme en todos los sistemas jurídicos y ahora más con los avances científicos en que se viene apoyando las legislaciones donde se otorga certeza al dato biológico para su reconocimiento jurídico.

Es menester de este trabajo en primer lugar hacer un recorrido histórico y legislativo de la filiación, para después ubicarnos en el aspecto doctrinal y en nuestra actualidad.

## 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En principio, debemos partir de la idea que la filiación en general es un hecho natural causado por la reproducción humana, en este contexto, todo ser humano tiene una filiación determinada, ya que toda persona es hijo de alguien, cuenta con un padre y una madre.

No obstante, la certeza de lo antes indicado, la Filiación Biológica, como el hecho natural, originado por la reproducción no se refleja en la realidad a través de la regulación jurídica, así vemos que la Filiación Jurídica es diferente y han seguido caminos paralelos que recién parecen coincidir, veamos:

## 2.1. LA FILIACIÓN BIOLÓGICA

La Filiación Biológica, no fue un asunto fácil, si bien en nuestros días la determinación de la misma es absoluta o casi absoluta si consideramos el tema de probabilidades (99.9%), constituyéndose en un referente importante para la Filiación Jurídica, ello no siempre fue así; durante gran parte de la historia de la humanidad las personas desconocían los detalles científicos de su concepción y su herencia; pues, simplemente se notaba una semejanza entre padres e hijos, pero los mecanismos de ello no eran conocidos.

Advertimos que en épocas remotas el hombre ya aprendió la fecundación artificial de las flores y la manipulación de animales mediante la reproducción selectiva para mejorar ciertas características. Así vemos, que los antiguos griegos, ya sabían como producir frutos por fecundación artificial.

La primeras teorías sobre la herencia que conocemos existieron en esta época, una con **Teofrasto**, quien comprendió la diferencia entre las flores masculinas y femeninas, y manifestaba que *"los machos debían ser llevados a las hembras"* dado que los machos *"hacían madurar y persistir"* a las flores hembras. **Hipócrates** especuló, que las "semillas" se producían en diferentes partes del cuerpo y se transmitían a los hijos al momento de la concepción, y **Aristóteles**, quien rechazó estas teorías y planteó que el semen masculino y el semen femenino (así se llamó al flujo menstrual) se mezclaban en la concepción, pensaba que el

semen masculino podía contener partículas heredadas de generaciones pasadas.

Después de ello, una visión histórica interesante, es la que nos plantea Varsi Rospigliosi<sup>3</sup>, quien nos describe las tesis reinantes en el Siglo XIV, nos referimos por un lado a la **Teoría Ovista**, que sustentaba que el niño es exclusivamente "producido" por la madre; el varón solo deposita el esperma, no tiene ningún otro rol específico provocando un acontecimiento en el que, valgan verdades, no participa. Paralelamente encontramos la **Teoría Espermista**, con su homúnculo —"*pequeño hombrecito*"— contenido dentro de cada esperma; quienes sostuvieron que la única contribución de la hembra era proveer el 'ambiente' para el desarrollo del espermatozoide; afirmaban que era el hombre el que manda en la generación de la vida<sup>4</sup>.

Como vemos la procreación de la vida estuvo llena de interrogantes, la incertidumbre y perplejidad era lo que reinaba repercutiendo en la definición del parentesco, por obvias razones.

Ya en el siglo XVIII las tesis de los ovistas y espermistas eran insostenibles, habían cumplido su función de ilustración, surgiendo la **Teoría de la Pangénesis**<sup>5</sup>, planteando que cada progenitor colabora en la descendencia, sosteniendo la idea que machos y hembras forman "pangenes" (material germinal) en cada órgano. Estos "pangenes" se movían a través de la sangre a los genitales y luego a los recién nacidos. Esta idea que podemos ubicarla nacida en los griegos influenció a la biología hasta dicha época, así vemos que los términos "sangre azul", "consanguíneo", "hermano de sangre", "mezcla de sangre", "sangre gitana" y otros similares surgen de estos conceptos.

<sup>3</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, El Proceso de Filiación Extramatrimonial. Moderno tratamiento legal según la Ley N°28457, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Perú, 2006, pág. 12.

<sup>4</sup> Tesis planteada antes por Platón que atribuía la generación al macho. También los griegos cuando decían que hacer un hijo es como meter un pan dentro del horno". Id.

<sup>5</sup> La Teoría Pangénesis sostenía que machos y hembras formaban con cada parte de su cuerpo material germinal (pangénes) que se trasladaban por la sangre a los genitales y luego a los recién nacidos. Introducción a la Genética. Universidad Nacional de Córdoba. <http://www.efn.uncor.edu/dep/biologia/intrbiol/genet1.htm>. También en <http://www.dicciomed.es/php/diccio.php?id=3529>.



Durante el siglo XIX, la hipótesis más aceptada fue la **Teoría de la Mezcla**<sup>6</sup>, que suplantó definitivamente a la de los espermistas y ovistas. La unión tanto del óvulo como del espermatozoide daban como resultado la *progenie* que era una "mezcla" ("*blend*") de las características de los padres; Las células sexuales se conocían colectivamente como **gametos**. De acuerdo con la teoría de la mezcla, cuando un animal de color negro se cruzaba con uno blanco la progenie debía ser gris y, a menudo, este no era el resultado. La teoría de la mezcla obviaba, entre otras, explicar el salto de generación de algunas características. Es de hacer notar que esta teoría era incompatible con los estudios sostenidos por Darwin sobre la selección natural y las variaciones hereditarias.

Sin embargo, fue también durante la primera mitad del siglo XIX, cuando se realizaron los primeros estudios de la transmisión de los caracteres biológicos en plantas.

Gregor Mendel, a quien se le atribuye ser el autor de esta teoría, se le considera el verdadero "fundador de la genética" y sus experimentos de hibridación, realizados en el jardín de un monasterio del que llegó a ser abad, llevaron a una nueva comprensión del mecanismo de la herencia biológica y al nacimiento de la genética como ciencia. Publicó sus resultados en 1866, pero éstos pasaron desapercibidos durante 35 años, hasta que en 1900 su trabajo fue redescubierto independientemente por tres científicos a la vez (De Vries, Correns y Tschermak). A partir de entonces, fue también comprobada por otros investigadores mediante experimentos realizados tanto en plantas como en animales.

Gracias a los avances en microscopía, en algunas disciplinas como la citología, se realizaron grandes progresos; de tal forma que durante este

---

<sup>6</sup> Sostenía que la progenie era el resultado de la "mezcla" de óvulos y espermatozoides, las células sexuales se conocían colectivamente como gametos. Por ejemplo, si un animal de color negro se cruzaba con uno blanco la progenie debía ser gris y, a menudo, este no era el resultado. No podía explicar el salto de generación de algunas características. VARSÍ, Ob. cit. pág. 12.

periodo, se descubrieron los **cromosomas** y también se observaron sus primeros movimientos durante la mitosis celular, así como el proceso por el cual se forman los gametos, que son los portadores de la información genética que se trasmite a la siguiente generación.

Posteriormente, se aceptó que los **genes** son los responsables de la síntesis de proteínas, sosteniendo la teoría un gen-una enzima, y por tanto, al alterar la secuencia de nucleótidos de un gen faltaría una enzima determinada.

Finalmente, en 1954, Watson y Crick descubren la estructura del **ADN**, que representa el soporte del material hereditario. A partir de este momento se realizan numerosos estudios sobre replicación, biosíntesis de proteínas, biosíntesis de ARN, etc. Posteriormente, Francis Jacob y Jaques Monod demostraron la existencia de un sistema de regulación genética, en el que intervienen los denominados genes estructurales, genes reguladores y genes operadores.

En esta línea evolutiva, podemos advertir que con la aportación de los conocimientos genéticos combinados con los de otras ciencias, como bioquímica, fisiología, etc., han supuesto decisivos avances para la comprensión del fenómeno de la vida y la evolución de los seres vivos que tenemos hasta nuestros días, en los cuales la determinación de la herencia y con ello de la paternidad, científicamente podemos decir, que esta comprobado.

## 2.2. LA FILIACIÓN JURÍDICA

Por su parte, como veremos, a diferencia de la evolución biológica de pensamiento e investigación de búsqueda de la verdad; la evolución histórica del derecho sobre filiación nos demuestra que su regulación jurídica se ha basado en un ocultamiento de la búsqueda de la

paternidad y después de manera discriminatoria se impuso una jerarquía de la filiación<sup>7</sup>.

La Determinación de la Filiación Jurídica, es decir, la que vincula a los padres con los hijos, es tan vieja como nuestro Derecho y es a través de la historia que han tenido respuestas diversas; siendo necesario para su comprensión, en un primer momento el análisis de la evolución de la estructura de la Familia que actualmente conocemos, para centrarnos en la filiación desde la cultura romana.

### 2.2.1. EVOLUCIÓN EN LA ANTIGÜEDAD A TRAVÉS DE LA FAMILIA

Desde tiempos remotos, como una respuesta para la satisfacción de las necesidades y hacer frente a la naturaleza hostil, el hombre ha tenido que agruparse, socializar entre ellos, formalizar un trabajo colectivo y reparto de responsabilidades, dándose cuenta de la valía de compartir espacios mutuos.

Así vemos, que en las primeras agrupaciones históricas, los grupos familiares no estaban constituidos de forma individual, sino que las relaciones sexuales que existían eran de manera indiscriminada entre todos los hombres y mujeres de la tribu, por lo que a este tipo de agrupación se le llamó **promiscuidad absoluta**.

La primera manifestación que constituyó un intento por configurar una familia, y con ello la necesidad de normar las relaciones sexuales entre sus miembros fue la llamada **Familia Consanguínea**, en cuyas primeras formaciones de convivencia no se distinguían: padres, hijos, hermanos, tíos, abuelos, primos, etc.<sup>8</sup> En estas uniones grupales, un primer avance lo constituyó la prohibición del matrimonio entre

<sup>7</sup> ¿Qué es el Principio de Jerarquía de Filiación? Por este principio se admite la existencia de diversas clases de filiación con clara discriminación de la ilegítima, principalmente en orden a los efectos personales y patrimoniales. Plácido, Alex, La Evidencia Biológica y la Presunción de Paternidad. PUCP, Setiembre, 2008. <http://blog.pucpág.edu.pe/item/32324>

<sup>8</sup> ENGELS, Federic, "El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado", Perú Andino, Lima, 1988, pág. 17.



ascendientes y descendientes, bajo pena de castigo por el grupo<sup>9</sup>; siendo un segundo gran progreso la exclusión matrimonial entre hermanos, el cual seguramente se inició por los hermanos uterinos, siguiendo por los colaterales en general; progreso que según Morgan<sup>10</sup>, constituye “una magnífica ilustración de cómo actúa la selección natural”.

Estos avances permitieron el progreso de las tribus hasta constituirse en las primeras **Gens**<sup>11</sup>, la misma que formó parte de la mayoría si no de todos los pueblos bárbaros de la tierra y de ella pasamos en Grecia y en Roma, sin transiciones, a la civilización.

De la Familia Consanguínea derivó, según Morgan, una de manera análoga a la que denominó **Familia Punalúa**, en la cual la costumbre era que cierto número de hermanas carnales o lejanas (primas en primer, segundo u otros grados), eran mujeres comunes de sus maridos comunes; dentro de estas uniones como quedaban excluidos los hermanos, no se llamaban entre sí hermanos sino “Punalúa”, lo mismo sucedía cuando cierto número de hermanos uterinos o lejanos tenían en común, cierto número de mujeres con exclusión de sus hermanas, entre estas también se llamaban “Punalúa”. Como se ve, las características de este modo familiar era la comunidad recíproca de maridos y mujeres en el seno de un determinado vínculo familiar.

Otra forma familiar fue la denominada **Familia Sindiástica**, donde de los regímenes matrimoniales por grupos, se fueron formando parejas conyugales para un tiempo más o menos largo; en estos grupos que existieron en el estado inferior de la barbarie; los hombres viven con una mujer pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres, aunque debemos hacer

<sup>9</sup> Ejemplo claro de esta prohibición lo tenemos en la tragedia de Edipo, en la que se nos relata como un ser humano se casó con su madre, por lo que fue desterrado de su lugar de nacimiento.

<sup>10</sup> MORGAN, Lewis Henry, *La Sociedad Primitiva*, Trad. Alfredo L. Palacios, 1ra Edición, Ediciones Pavlov, México, D.F. 1935, pág. 27.

<sup>11</sup> La **gens** era una agrupación civil o sistema social de la antigua Roma. Cada gens comprendía a varias familias, también existió en las sociedades griegas como **genos**, que descendían por línea masculina del antepasado.

notar, que por causas económicas la poligamia se observa raramente, al mismo tiempo que se va exigiendo la mas estricta fidelidad a las mujeres mientras dure su vida común, castigándose cruelmente su adulterio; periodo este en el cual el vínculo se disuelve con facilidad por una u otra parte, producto de ello, como en todos los casos, los hijos sólo pertenecen a la madre.

Como se ve, la evolución de la familia en los tiempos prehistóricos consistía en la constante reducción del círculo en cuyo seno prevalece la comunidad conyugal entre dos sexos, círculo que en su origen abarcaba la tribu entera.

Por último, entramos a la **Familia Monogámica**, vigente hasta la fecha, la cual nace de la Familia Sindiástica, de la que se diferencia por la solidez de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltas por el simple deseo de cualquiera de las partes y sólo el hombre como regla, podía terminarla y repudiar a la mujer; también se le otorga el derecho a la infidelidad conyugal, por lo menos por la costumbre, aunque es el Código de Napoleón que se lo concede expresamente, mientras no tenga a la concubina en el domicilio conyugal.

Es en la sociedad griega donde se encuentra esta forma familiar en toda su severidad, siendo la característica de la monogamia de esta sociedad que existía la esclavitud, teniendo derecho el hombre a hacer concubinas a las esclavas; lo que es sólo para el hombre, no para la mujer.

### 2.2.2. FILIACIÓN EN LA CIVILIZACIÓN ROMANA

Ya con la consolidación de la familia monogámica, que siguió en casi todas las sociedades hasta nuestros días, corresponde centrarnos en la relación de padres e hijos.

La Roma Primitiva practicó una relación filiatoria familiar llamada “**agnación**”<sup>12</sup>, cuyo vínculo principal fue la *religión doméstica*<sup>13</sup> (era excluyente, tenía que participarse en las costumbres), además la transmisión era sólo de varón a varón, y no consideraba el vínculo sanguíneo como principal lazo jurídico, porque era del tipo civil. El matrimonio realizado en rito religioso y sagrado (culto y creencias del momento) originaba los hijos legítimos, y la filiación daba inicio con el hecho religioso – político. Se dio el ‘Patriarcado’<sup>14</sup> como régimen familiar autónomo y eficiente, donde el jefe (“*pater familias*”) tenía dos vínculos, uno de propiedad (sobre esclavos, hombres libres) y, el parentesco civil (mujer, hijos descendientes); tenía un poder absoluto sobre la familia, pudiendo hasta otorgar a uno de ellos como pago de deuda. La patria potestad se daba: por *justas nupcias*, *legitimación* y *adopción*. Se consideró a las *justas nupcias*<sup>15</sup> como el género y, al matrimonio como la especie.

En la Roma Clásica, el jefe de familia también tenía derecho de vida como de muerte sobre las personas (carácter religioso), para posteriormente cambiar y tomar fuerza la “**cognatio**”<sup>16</sup> iniciando jurídicamente la filiación; el parentesco es sanguíneo y se da en línea recta; ya no interviene la religión. Había sanción para las uniones sexuales extramatrimoniales, pues la unión sexual de dos personas libres, era delito de estupro y la unión de libre con alguien que no lo es, era delito de contubernio; en ambos casos, si se procreaba, al nacido no se le consideraba ni siquiera como hijo natural, de allí procede la filiación extramatrimonial; tratamiento distinto se le dio al concubinato. El principio natural: la Filiación tiene su “*causa iuris*” en la concepción, pero cabe también destacar que la Filiación debe analizarse con el

<sup>12</sup> ¿Qué es la **Agnación**? Es el parentesco civil o jurídico que proviene del “*pater familia*”, prescinde del parentesco sanguíneo.

<sup>13</sup> La *religión doméstica* (Roma primitiva) se caracterizaba por el hecho de que cada familia adoraba a sus propios dioses, y ello era así pues el antepasado muerto se convertía en un dios protector del grupo familiar al que pertenecía. MIZRAHI, *Familia, matrimonio y divorcio*, pág. 37.

<sup>14</sup> ¿Qué es el Patriarcado? El Webster's Dictionary define al patriarcado como “una organización social marcada por la supremacía del padre en el clan o familia, la dependencia legal de las esposas y los hijos, y el cálculo de la descendencia y herencia en la línea masculina. <http://sosten-antisistema.blogspot.com/2007/09/que-es-el-patriarcado.html>.

<sup>15</sup> ¿Qué son las *justas nupcias*? En la organización jurídica romana, el matrimonio legal por excelencia.

<sup>16</sup> ¿Qué es la *cognatio*? Vínculo de sangre, interrelaciona personas en línea recta por ser descendientes unas de otras, o que descienden de un mismo sujeto en línea colateral; sin importar el género.



presupuesto de que la familia romana no es una familia natural, es una familia de índole civil. Para ese tiempo no se ignoraba la vida intrauterina, por ello, al concebido se le otorgó ciertos derechos<sup>17</sup>.

En Roma se identifica a los hijos en, hijos legítimos y legitimados, adoptados, naturales (del concubinato) e ilegales (actos proscritos e inmorales) llamados bastardos; los hijos matrimoniales tenían derecho al "*status filii*" y al "*status familiae*"<sup>18</sup>, (tenían nombre y disfrutaban en forma completa de todas las relaciones familiares), pero los hijos extramatrimoniales, sólo tenían derecho al "*status filii*"; en algunos casos Justiniano<sup>19</sup> otorgaba alimentos con tedio a los bastardos<sup>20</sup>; los hijos naturales tenían sólo algunos derechos, los mismos que se reducían principalmente a la voluntad de los padres; generalmente eran derechos básicos (educación, alimentación, crianza y cuidado personal). Tratándose de hijos legítimos, obtenían éstos, un triple estado: estado jurídico otorgado por la Ley; un estado social en relación a la colectividad; y un estado civil que verificaba la situación jurídica de hijo frente a la familia y a la sociedad.

El Derecho Romano, estaba íntimamente ligado a la procedencia familiar y al igual que toda la estructura social, estaba permeada por la desigualdad que caracterizó a este tipo de sociedad. La naturaleza de la filiación se ha presentado dispersa y alejada de los principios de igualdad y/o equidad.<sup>21</sup> No se puede decir que haya sido base para un

<sup>17</sup> La filiación también versa sobre el "*nasciturus*". La adquisición de los derechos de identidad ú otros referentes a la familia (como derechos patrimoniales), no eran negados para los "*nasciturus*", en el Derecho Romano existe reconocimiento del estado de embarazo.

<sup>18</sup> Estado de filiación y estado de familia. Entonces se entiende que el "*status filii*" fue un atributo natural (sobre todo en el Derecho Imperial). Para los romanos, no bastaba que nazca la sangre, porque se nacía una segunda vez a la ley y al poder, reconocido por la Filiación: "*Vitam instituere*" (instituir la vida).

<sup>19</sup> Justiniano I, Emperador bizantino (Roma, 527-565), éste consideró que el Imperio requería un sistema legal uniforme, entonces una comisión (presidida por el jurista Triboniano) trabajó diez años para recopilar y sistematizar el derecho romano; se promulgó en el 529 e incorporó al "*Corpus de Derecho Civil*" (con el Digesto o Pandectas y las Instituciones). VERLUSSCONNI, Alejandra. *Derecho Romano*, 2004.

<http://derechoromano.blogia.com/2004/092501-justiniano-i.php>.

<sup>20</sup> Hijos procedentes del adulterio, prostitución e incesto.

<sup>21</sup> Debemos explicar que existiendo derechos tan fundamentales como el de la igualdad, la Filiación no atendía a este tipo de precepto, no porque el Derecho Romano haya desconocido el concepto de igualdad, sino, *porque existía cierto tipo de relaciones socio-económicas que no permitían Equiparidad o Igualdad de Categorías de Filiación*; si ya existía diferencia entre las *justas nuptias* y *justum matrimonium*, de igual modo había distinción entre la filiación originaria de la vocación religiosa romana frente a la filiación biológica que exaltaba el vínculo de la consanguinidad; y, si por otro lado existían supraestructuras respecto del Derecho Clásico, del Derecho Honorario, del Derecho Imperial, e igualmente en la Roma esclavista existía el "*concubinatus*", la prostitución, es decir, hechos considerados ilegales e ilegítimos y que asimismo determinaban hijos ilegítimos, entonces, nos cabe señalar que la

derecho fundamental como el de la identidad, y no por su principio religioso y posterior cambio a sanguíneo. La prueba de la filiación era directa para la madre, por el hecho de notar que la mujer gestante, llevaba posteriormente un hijo en brazos se entendía y consideraba que éste era salido de ella después del parto. El *Digesto*<sup>22</sup> refirió la certeza de la maternidad, pero no había tal facilidad de establecimiento de filiación respecto del padre<sup>23</sup>, aparentemente en Roma no hubo claridad en diferenciar entre el Derecho a la Identidad o el Derecho a la Investigación de la Paternidad y la Maternidad, como también del Derecho a conocer el Origen Biológico<sup>24</sup>. La Filiación fue, matrimonial o extramatrimonial; legítima o ilegítima; religiosa, consanguínea o civil muy distinta de la identidad, nombre, paternidad, origen biológico.

### 2.2.3. LA EDAD MEDIA, REVOLUCIÓN FRANCESA Y EL *CODE*<sup>25</sup>

En la Edad Media no acontecen importantes modificaciones con respecto a la discriminación impuesta entre los distintos tipos de hijos; era evidente que un planteo igualitario resultaba incompatible con una sociedad teocrática.<sup>26</sup> Rigió el Principio “*favor matrimonii*” y por ello la regla de la superioridad legal de los hijos emergentes de la pareja que celebró las nupcias. Pero tuvimos atenuaciones en comparación con el rigor antiguo, respecto de los descendientes “ilegítimos”<sup>27</sup>.

La Revolución Francesa produjo un vuelco importante. Mediante la conocida Ley del 12 Brumario del año II<sup>28</sup> se aseguró a los hijos naturales la igualdad de derechos con los hijos legítimos<sup>29</sup>, ley que fue declarada retroactivamente aplicable al 14 de julio de 1789. Se mantuvo la prohibición de la búsqueda de la filiación paterna y otorga

---

institución de la Filiación si bien es antes de Roma, **adquirió en el Derecho Romano un reconocimiento histórico jurídico-dogmático civilista**, que ha sido recogido por muchas legislaciones en el mundo.

<sup>22</sup> **Digesto**: Obra jurídica publicada en 533 por Emperador Bizantino Justiniano. Conocida como *Digesta sive Pandecta iuris*.

<sup>23</sup> Por lo que en Roma se establecieron presunciones de la paternidad respecto de la Filiación.

<sup>24</sup> Se le diría una concepción estrictamente unidimensional.

<sup>25</sup> **Code**, palabra francesa que en español significa “código”. Se le llama así al Código Civil Napoleónico, de 1804.

<sup>26</sup> BORDA, Tratado de Derecho Civil, Familia, t. II, pág.11.

<sup>27</sup> Ejemplo: Reconocer el derecho a percibir alimentos.

<sup>28</sup> ¿Qué es Brumario? Es el segundo mes del calendario republicano francés “*brumaire*”.

<sup>29</sup> MIZRAHI, Mauricio L., Identidad filiatoria y pruebas biológicas, Edit. ASTREA, 1º Edición, 2006, pág. 35.



una preeminencia notable a la posesión de estado. La mentalidad revolucionaria era que los hijos son iguales en derecho, en la medida en que son queridos y aceptados por sus padres<sup>30</sup>; sin embargo, el darle mayor valor a la voluntad, dificulta la determinación de la paternidad natural, que sería por un reconocimiento voluntario.

La igualdad de filiaciones no se mantendría por mucho tiempo, tal vez porque traería transformaciones demasiado radicales para los espíritus y costumbres vigentes en el siglo XVIII, y es así que el *Code* de 1804, retorna a la tradición. Por lo que los hijos concebidos fuera del matrimonio quedan ubicados en una situación de clara inferioridad, tanto en lo que respecta a las reglas que gobiernan su estatuto, como en lo referente a la determinación de su filiación, previéndose una regulación diferente conforme al “grado de ilegitimidad”, según se trate de hijos naturales simples o de los adulterinos e incestuosos.

La discriminación filial encuentra su justificación en la defensa de la institución matrimonial como sustento de la familia legítima, protegerla de los “bastardos” que pretendieran ejercer derechos, era la regla; de allí nació la prohibición de buscar la paternidad natural que regulaba el primitivo Artículo 340 del *Code*. Si la legislación no establecía diferencias entre el hijo natural y el legítimo, el matrimonio se vería perjudicado ante la opinión pública y esto era un estímulo a la corrupción y a la unión libre. Más rigurosa fue la ley francesa con relación a los hijos incestuosos y adulterinos, porque se les negó todo derecho hereditario<sup>31</sup>.

Dándose así una bifurcación entre la filiación “legítima” e “ilegítima”, la que se trasladó a numerosas legislaciones (partiendo del Código Napoleón).

---

<sup>30</sup> PLANIOL – RIPERT. *Tratado práctico de derecho civil francés*. T.2, pág. 567; HAUSER – HUET-WEILLER, *La famille. Fondation et vie de la famille*. pág. 192.

<sup>31</sup> PLANIOL – RIPERT, et al. Id. pág. 568 y 570.



La tendencia fue hostil hacia los hijos concebidos fuera de la unión conyugal, a quienes se les consideraba “sospechosos”, porque el criterio dominante era que la filiación legítima es la única que da al hijo una familia y, por ende, la que confería “el estado familiar más perfecto”<sup>32</sup>. MIZRAHI de aquí deduce que se traslada a los hijos la valoración que se le atribuye al acto de procreación, de modo que el “pecado” de los padres se traspasa a los hijos y deja en ellos una mácula imborrable<sup>33</sup>.

En la época de la codificación francesa las costumbres, así como el “sentimiento ético”, no se prestaba para conferir una igualdad filiatoria y menos con los hijos adulterinos e incestuosos, se aplicaba por el ordenamiento un rigor inhumano, como lo destacaron PLANIOL y RIPERT<sup>34</sup>.

El “principio de jerarquía de la filiación” se reflejó intensamente en el Código Napoleónico que prohibía terminantemente la investigación de la paternidad, acogiendo así una moral de conveniencia social que era defendida por los ideólogos de la Revolución Francesa. Se perseguía evitar el deshonor y la intranquilidad de la familia, restringiendo el concepto y la protección a la familia matrimonial<sup>35</sup>.

Pero cabe destacar que Napoleón supo aprovechar algunas ideas revolucionarias; hizo suya la severa restricción en materia de pruebas de la paternidad natural y sostuvo, que el Estado no tenía interés en que la filiación de los hijos naturales fuera verificada<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> LAURENT, *Principios de derecho civil*, t. 3, pág. 482. Planiol – Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, T.2, pág. 562

<sup>33</sup> MIZRAHI, Mauricio L, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Edit. ASTREA, 1º Edición, 2006, pág. 35

<sup>34</sup> PLANIOL – RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, T.2, pág. 563.

<sup>35</sup> La Reforma del Régimen Jurídico de la filiación en nuestro derecho. La Verdad Biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad, España, 2008.

<sup>36</sup> HAUSER – HUERT-WEILLER, *La famille. Fondation et vie de la famille*, en Ghestin, “Traité de droit civil”, pág.192-193. También en MIZRAHI, ob. cit. pág 36.

## 2.2.4. EVOLUCIÓN DE LA FILIACIÓN EN EUROPA

Ya con la aparición de la comunidad internacional y su orientación a la protección de los Derechos Humanos, no se puede dudar que las reformas a partir de allí, reflejen la incidencia de los Tratados Internacionales al reconocer el *Principio de No Discriminación por Razón de Filiación*. En el continente europeo han ido evolucionando sus legislaciones en materia de filiación, proceso no ultimado, pues, el objeto de la filiación no es una creación técnica, sino es un esfuerzo para regular una realidad natural implícita, caracterizándose en su evolución por adaptar el régimen jurídico de la filiación a la realidad biológica.

El Principio Primero de la Declaración de Derechos del Niño de 1959 recoge: “El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin discriminación por motivos de nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia”. Sobre el mismo tema y en la misma fecha aparecen declaraciones en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>37</sup> también lo encontramos en las Declaraciones de derecho de ámbito europeo este Principio de No Discriminación<sup>38</sup>.

Debemos hacer notar que el convenio europeo no incluye un principio referido directamente a la materia de filiación, sino que el mismo lo obtenemos vía interpretación por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo en su conocida sentencia del 13 de junio de 1979, que lo tomó como base para condenar al Estado Belga por mantener una legislación discriminatoria contra los hijos nacidos fuera del matrimonio.

<sup>37</sup> La **Declaración Universal de Derechos Humanos** aprobada por la ONU en 1948 establece en su Artículo 25-2 que “todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social”

<sup>38</sup> Al respecto en el **Convenio Europeo de Derechos Humanos**, firmado en Roma el 04 de noviembre de 1950, declara en el Artículo 8: “Todos tienen derecho a que se respete su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia...”, y en el Artículo 14: “El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio debe garantizarse sin discriminaciones de sexo, raza, color, lengua, origen, religión, opiniones políticas o de otra clase, origen nacional o social, pertenencia a minorías nacionales, propiedad, nacimiento o cualquier otra situación.”

Los primeros países en aceptar e incluir las reformas, sobre el tema de filiación, son los escandinavos. Noruega (1956), Dinamarca (1960), Finlandia (1922), y Suecia (1949).

Estas leyes presentan bastante homogeneidad en la regulación, y sus principios inspiradores pueden resumirse como sigue:

- a) Los hijos legítimos y los ilegítimos gozan de los mismos derechos; y
- b) Se permite la libre investigación de la paternidad y se admiten las pruebas biológicas, salvo en Finlandia.

Por su parte, los países llamados socialistas, han equiparado constitucionalmente a todos los efectos los hijos legítimos con los hijos no matrimoniales, eliminando de las leyes los términos legítimo e ilegítimo, para utilizar solamente el término de “hijo”. Se permite la libre investigación de la paternidad a través de cualquier medio de prueba y entienden que es evidente e indiscutible la filiación materna.

En el resto de los países europeos la reforma en materia de filiación se produce desde finales de los años 60 y durante la década de los 70, si bien en algunos de estos países se han producido modificaciones posteriores, van en el mismo sentido y con la inclusión de los nuevos medios probatorios.

### **3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

#### **3.1. EVOLUCIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVILES**

##### **3.1.1. Código Civil de 1852**

El primer Código Civil de nuestro país, no fue inmune a la gran influencia que tuvo el Código Napoleónico a nivel mundial, al resultado de la Revolución de Independencia (realizada bajo la seducción de la



Revolución Francesa) y la aplicación del Principio de la Igualdad Civil al aspecto jurídico; y es en éste sentido (como se pensaba del Código Napoleónico) que en el código es donde se debería buscar la solución de toda cuestión jurídica y para todo problema de derecho había que consultar la voluntad expresa o tácita del legislador.

En los inicios de la República, la Iglesia Católica tenía una ardua participación en la sociedad, tal es así que nuestra legislación recibió también la influencia del Derecho Canónico, sin embargo, advertimos que nuestro código, no hacía referencia sobre la protección a los hijos, lo cual resulta bastante extraño, tomando en cuenta que los principios que rigen el Derecho Canónico están basados en la no discriminación.

El Código Civil de 1852, con la influencia antes señalada, estableció una división clara de los hijos, con grandes diferencias, dándoles denominaciones que resultan, en nuestros tiempos, hasta ofensivas, así vemos que clasificó a los hijos en **Hijos Legítimos**, que debemos entender que son los nacidos dentro de matrimonio, e **Hijos Ilegítimos** que al contrario son los nacidos fuera de él; y dentro de estos últimos es que encontramos a los Hijos Naturales, que son los concebidos por padre y madre, libres de impedimentos para contraer matrimonio, así como a los Hijos Adulterinos que son aquellos concebidos por la madre casada con tercera persona; como vemos, no se hace referencia al caso en el que el hombre casado tenga un hijo fuera del matrimonio<sup>39</sup>. Dentro de los **Hijos Ilegítimos**, también se diferenció a los Hijos Incestuosos, reconociéndolos como aquellos concebidos entre parientes consanguíneos en línea recta.

En la terminología relacionada a la filiación en la legislación dominante del siglo XVIII, se tomó en cuenta sólo la relacionada a la paternidad de los hijos. Esto en relación que estábamos ante una sociedad altamente

---

<sup>39</sup> C.C. 1852: Artículo 243: "El hijo adulterino por parte de madre, no goza de los derechos que respecto de ella tienen, sin distinción, los ilegítimos en general. Es hijo adulterino, por parte de la madre, el ilegítimo concebido por mujer casada".

machista, en la que la mujer no tenía ni voz ni voto y todo giraba en torno a la figura del varón.

Dos aspectos importantes podemos destacar de esta primera codificación, el primero es que sólo los hijos naturales, es decir, aquellos producto de relaciones entre personas que no tenían impedimento matrimonial, podían ser legitimados mediante el matrimonio de sus padres; por lo que los hijos “adulterinos” e “incestuosos” carecían de filiación paterna o materna dependiendo del caso, aunándose a ello que tampoco se estableció que podían ser reconocidos (sólo podían serlo los naturales)<sup>40</sup>, lo que les causaba un detrimento en sus derechos, puesto que, sólo podían aspirar al Derecho Alimentario y con restricciones como ser asistidos hasta los 21 años de edad. No se reconocían, el derecho a la identidad del menor y a conocer a sus padres.

El otro aspecto destacable del Código Civil de 1852, es que se prohíbe a la madre pedir judicialmente el reconocimiento de su hijo, es decir la investigación de la paternidad.<sup>41</sup> El fundamento de esta norma, advertimos que obedece a un criterio machista, pues, entiende que las mujeres que concebían hijos fuera del matrimonio tenían una dudosa reputación por lo que la indagación de la paternidad podía ocasionar problemas a caballeros honorables que tenían familias debidamente conformadas, razones por las cuales les negaba toda posibilidad. Dependían de la voluntad de los padres, reconocerlos o dejarlo de hacer.

Como venimos estudiando, nuestra primera legislación tuvo una arraigada influencia de la codificación napoleónica y aún en sus costumbres, siendo representativo de ello la reproducción del artículo

---

<sup>40</sup> **C.C. 1852:** Artículo 238. El reconocimiento de los hijos naturales se hará por el padre en el registro de nacidos, ó en la partida de bautismo, ó en escritura pública ó en testamento.

<sup>41</sup> **C.C. 1852:** Artículo 242. Se prohíbe toda indagación sobre la paternidad, cuando se trata de los derechos que los hijos ilegítimos tienen respecto de la madre ó de los parientes de esta.

340 del Código Napoleónico, que prohibía la investigación de la paternidad.

### 3.1.2. Código Civil de 1936

Si bien es cierto que este Código trae algunas disposiciones que mejoraban la condición de desigualdad, mantuvo la diferencia entre hijos legítimos<sup>42</sup> y los hijos ilegítimos<sup>43</sup>, término este último que como dice el tratadista BENJAMIN LLANO<sup>44</sup>, era una calificación peyorativa, y que trasuntaba una situación contra la ley, situaciones estas odiosas e injustas, sobre todo considerando que el hijo no tenía culpa alguna de tal hecho.

Como vemos, los nacidos fuera del matrimonio se consideran ilegítimos, (C.C. 1936 Artículo 348<sup>45</sup>). Al respecto, el “parámetro del nacimiento”, dentro del matrimonio o fuera de él, según opinión del Dr. CORNEJO CHAVEZ,<sup>46</sup> presentaba un problema porque se debe tomar en cuenta que hay hijos póstumos que son los nacidos fuera del matrimonio. Por ello paralelamente se fijó el “parámetro de la concepción”, pero también presenta inconvenientes porque hay hijos que son concebidos con anterioridad pero nacidos dentro del matrimonio, hubiera sido más adecuado que la norma consignara: “son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”.

La codificación de 1936, les dio a los hijos extramatrimoniales la siguiente clasificación:

<sup>42</sup> **C.C. 1936.** TITULO II. De la filiación legítima. Artículo 299: El hijo nacido durante el matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido.

<sup>43</sup> **C.C. 1936.** TITULO V. De la filiación ilegítima. Artículo 348: Son hijos ilegítimos los nacidos fuera de matrimonio.

<sup>44</sup> LLANOS AGUILAR, Benjamín, *La Familia en el Código Civil Peruano*, Segunda Edición, Ediciones Legales, 2008, pág.263

<sup>45</sup> **C.C. 1936.** Artículo 348.

<sup>46</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Tomo II, 5ta. Edición, Librería Studium S.A, Lima-Perú, pág.16.



- a) Los **naturales** o nacidos de padres que no tenían impedimento para el matrimonio.
- b) Los **espurios**, que fueron concebidos por quienes estaban impedidos de contraer matrimonio. Estos últimos se dividían en fornezinos, sacrílegos y mánceres.
  - *Fornezinos*, son los hijos adulterinos.
  - *Sacrílegos*, eran los hijos procreados por personas atadas a votos religiosos.
  - *Mánceres*, o mancillados, aquellos de madre prostituta.

Dentro de los aspectos generales más importantes de este código podemos ver:

- En este código ya se habla del adulterio del varón, a diferencia del código anterior, ya que los hijos adulterinos pueden serlo también del padre.
- El instrumento en que consta el reconocimiento voluntario y la Sentencia Judicial son medios de prueba de filiación, tanto materna como paterna frente a terceros.

Además, debemos agregar, como lo hace notar el Dr. CORNEJO CHÁVEZ<sup>47</sup>, que se franqueó a veces la posibilidad de legitimar a los adulterinos e incestuosos y extendió a los abuelos la obligación alimentaria.

#### a) Reconocimiento Judicial

Conforme lo preceptúa el Artículo 350 y 374<sup>48</sup>; podemos advertir que tanto la maternidad como la paternidad, pueden ser establecidos por reconocimiento voluntario o judicialmente. Esto último, es decir, el hecho que ya se puede investigar judicialmente la paternidad de los

<sup>47</sup> *Ibíd.*, pág.94

<sup>48</sup> **C.C. 1936.** Artículo 350.- El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad son los únicos medios de prueba de la filiación paterna ilegítima. / Artículo 374.- La maternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada cuando se prueba el hecho del parto y la identidad del hijo.

menores, es un gran avance que va en relación a que la sociedad machista va perdiendo sus arraigos y se le da mayores prerrogativas a la mujer, otorgándole la oportunidad de poder iniciar un proceso a través del cual su hijo pueda hacer valer sus derechos. No obstante ello, a diferencia de la investigación materna que es abierta o no tiene límites para su búsqueda, en la del padre sólo procede en ciertos casos, así vemos:

*“Artículo 366.- La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada:*

- 1.- Cuando exista escrito indubitado del padre en que la reconozca;*
- 2.- Cuando el hijo se halle en la posesión constante del estado de hijo ilegítimo del padre, justificada por actos directos de éste o de su familia;*
- 3.- En los casos de violación, estupro o rapto, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;*
- 4.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre durante la época de la concepción;*
- 5.- En el caso de seducción de la madre, cumplida con abuso de autoridad o con promesa de matrimonio, en época contemporánea de la concepción, y siempre que para el segundo supuesto exista principio de prueba escrita.”*

En este código, los casos enumerados no se establecían si eran presunciones legales de paternidad, o solamente casos en que procede la apertura de la investigación judicial de dicha paternidad. Es así que cuando asumieron estas mismas causales los codificadores de 1984, al no probarse de manera indubitable dichas presunciones, se establece la filiación del menor por "presunción".

En el caso de la investigación judicial de la maternidad ésta procede, sin enumeración alguna de casos, siempre y cuando se pueda acreditar el hecho del parto y la identidad del hijo<sup>49</sup>.

## **b) Reconocimiento Voluntario**

Los medios de prueba de la filiación, son la Sentencia Judicial y el Reconocimiento Voluntario.

<sup>49</sup> MARTÍNEZ HAGUE, Carlos, *La Filiación ilegítima en el Derecho Civil Peruano*, pág. 98.

La Sentencia Judicial ahora procede para la filiación paterna y materna.

La filiación extramatrimonial voluntaria, presente a través del reconocimiento, constituye una actitud que en base a la autonomía de la voluntad, los hijos adquieren un estado que antes no lo tenían y por ende hacen efectivos derechos y también obligaciones propias de este nuevo estado, es decir, el de hijo reconocido. Lo idóneo para obtener este reconocimiento es que los padres, libres y conscientes de sus actos personales lo hagan de manera voluntaria, haciendo primar los derechos de los menores.

Lo que llama la atención es el hecho que la norma haya fijado que el hijo ilegítimo puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente, ya que no se puede debitar el vínculo maternal por el hecho mismo del parto.

El Código Civil establece que el reconocimiento es un acto "declarativo"<sup>50</sup>, en razón de la lectura del artículo 350 referida a la filiación paterna, que es la que por su naturaleza puede ser cuestionada.

El Código Civil de 1852 sólo refería el reconocimiento al padre, así decía el reconocimiento de los hijos naturales se hará por el padre en el registro de nacidos o en la Partida de Bautismo, en Escritura pública o en Testamento. El Código Civil de 1936, fue clasificado entre los que refieren el reconocimiento no sólo al padre, pues, permite expresamente que el reconocimiento sea practicado por ambos padres, conjunta o separadamente. Para el reconocimiento por parte del padre es necesario que éste cuente con 21 años de edad al momento de realizar el reconocimiento.

---

<sup>50</sup> Según Héctor Cornejo Chávez, el Código Civil de 1936, no tenía una norma expresa que señale su carácter constitutivo o declarativo, indicando que el legislador asume una tesis ecléctica.



Se establece la prohibición de que la mujer casada pueda reconocer a un hijo habido fuera del matrimonio, aduciendo las consecuencias que para ella traería; sin embargo, el varón si tiene la posibilidad de reconocer a los hijos adulterinos.

### 3.1.3. Código Civil de 1984

Como hemos visto en los códigos derogados antes estudiados, la clasificación dada a los hijos, los calificaba sin duda alguna, en su condición dentro de la familia, la sociedad y la ley, como manifestó PERALTA ANDÍA<sup>51</sup>. Todo parecía aludir al hecho de que estaban dentro o fuera de la ley, (hijos legítimos o ilegítimos) o producto de relaciones clandestinas (hijos adulterinos), o de relaciones prohibidas (hijos sacrílegos e incestuosos) o impedidos de contraer matrimonio (hijos espurios); de tal forma que la filiación, estaba muy vinculada a la idea de la moralidad de las relaciones sexuales que la originaba.

Es de hacer notar que en la legislación de 1984, se dan avances en lo que se refiere a la filiación extramatrimonial, ello debido al nuevo contexto constitucional reinante, es así que la constitución de 1979, proclamó la igualdad de derechos de todos los hijos, prohibiendo la mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación.

La codificación de 1984, clasificó a los hijos en matrimoniales y extramatrimoniales, así el artículo 386<sup>52</sup> del Código Civil acotado dice a la letra: Son “hijos extramatrimoniales” los concebidos y nacidos fuera del matrimonio. Sin embargo, este concepto genera problemas en lo que respecta a la filiación matrimonial, ya que hay casos en los que los hijos son concebidos antes del matrimonio y no por ello se les debe otorgar el calificativo de “extramatrimoniales”.

<sup>51</sup> PERALTA ANDIA, Javier Rolando, *Derecho de Familia en el Código Civil*, Editorial Idemsa, 2008, pág.386.

<sup>52</sup> C.C. 1984. TITULO II. Filiación Extramatrimonial. Artículo 386: Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

Por otro lado, también encontramos los hijos adoptivos y alimentistas. Estas cuatro divisiones, que a decir de PERALTA ANDÍA<sup>53</sup> significó el establecimiento de diferencias conceptuales que las juzgó como atentatorias de la carta constitucional.

Nosotros creemos, que no es así, que esta conceptualización de los hijos con respecto a la relación de sus padres, de que unos provienen de relaciones matrimoniales, otros de padres no casados y otros por vínculo jurídico como lo es la adopción, tiene justificación, como lo señala AGUILAR LLANOS<sup>54</sup>, pues, las instituciones del Derecho de Familia están reguladas en función a esa posición; así vemos, en la Patria Potestad, la autorización o prohibición del matrimonio y la Tutela, entre otras. Incluso en un comienzo, es decir al momento de la expedición del Código Civil, encontrábamos justificable al Hijo Alimentista ante la falta de desarrollo de las Pruebas Biológicas y del marco Constitucional después asumido.

También, hay que reconocer que si bien se trata de un avance y que es justificable dentro del contexto de todo el Derecho de Familia, como lo hemos visto; lo ideal hubiese sido, como es la tendencia de las modernas legislaciones, sólo reconocer la denominación en general de “hijos”, designación igualitaria independientemente de su nacimiento o concepción, por lo que se hablará no de hijos extramatrimoniales o matrimoniales sino de filiación matrimonial o extramatrimonial, como lo hace la legislación chilena<sup>55</sup>.

El reconocimiento paterno es el que tiene mayor relevancia teniendo en cuenta que es el que da lugar a cuestionamientos, situación que no ha variado desde su regulación por el Código Civil de 1852.

---

<sup>53</sup> PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, Editorial Idemsa, 2008, pág.386

<sup>54</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín, La familia en el Código Peruano, Ediciones Legales, Lima, Segunda Edición, 2008, pág. 263.

<sup>55</sup> VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique, SIVERINO BAVIO, Paula, Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas. Derecho de Familia, Tomo II, Gaceta Jurídica, 1ra Edición, Lima, pág. 660.

El Código Civil de 1984, prácticamente mantiene las causales de indagación judicial de paternidad del Código Civil de 1936, suprimiendo el caso de seducción con abuso de autoridad. Recién el 28 de Diciembre de 1998, con la expedición de la Ley N° 27048, se incorporó la causal de la evidencia biológica entre el presunto padre y el hijo, comprobado a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Así vemos, que el régimen de establecimiento de la filiación del Código Civil peruano, fue modificado en un primer momento por la Ley 27048, permitiendo la aplicación de las pruebas biológicas, genética u otras de validez científica para las acciones de filiación tanto de impugnación (artículos 363 y 371), como de reclamación (artículos 371 y 402). Asimismo, permite al demandado en una acción de hijo alimentista (artículo 415), solicitar la prueba genética para negar el contenido de la pretensión.

La ley de Biopaternidad, en mención, incorpora dentro del sistema presuncional la efectividad de las biopruebas. Estas tienen el carácter pericial por ser realizadas por terceros con conocimientos científicos, solvencia moral y ajenos al litigio y porque esclarecen al juzgador su razonamiento sobre puntos técnicos. Será esencial recurrir a ellas, en aquellos supuestos en los que exista prueba preliminar o suficiente para admitir la demanda, pero será insuficiente por sí sola para promover una acción de filiación.

Es así que la admisibilidad de las pruebas biológicas exige un principio de prueba (una motivación, un sustento) a fin de vincular el Principio de Veracidad (que corresponde al demandante) con el de Seguridad Jurídica y Estabilidad Jurídica (que subyace en el proceso). Esto servirá para evitar demandas aventuradas.

Una segunda gran modificación, se dio el 07 de Enero del 2005, con la promulgación de la Ley 28457, que modificó la anteriormente



mencionada, no solo creando un proceso especialísimo para el reconocimiento judicial de la filiación extramatrimonial, sino que introduce la admisión de las pruebas biológicas y genéticas que permiten determinar positivamente la paternidad o incluso la maternidad y descartarlas con una certidumbre absoluta; modifica igualmente la legislación orgánica del poder judicial otorgando competencia para esta última causal (inciso sexto del Artículo 402<sup>56</sup> del C.C.) a los Jueces de Paz Letrados e igualmente introduce otros sustanciales criterios procesales y valorativos de la prueba, que los trataremos al detalle más adelante.

Que duda cabe, el propósito de estas normas es loable, pues, logra la apertura a pruebas de validez científica que vienen a llenar un gran vacío, no solo en los casos de madres que han concebido a hijos sin adecuar su concepción a ninguna de las hipótesis que originalmente traía el Artículo 402, a quienes no se les permitía iniciar la investigación, sino que, aún muchos más casos que judicialmente no podían probar la filiación por la dificultad probatoria del acto de la procreación, lo que ocasionaba innumerables injusticias que ahora se podrán suplir.

Es importante destacar que así como buenas soluciones han provocado estos avances, también han creado problemas que debemos afrontar, vemos entre otros que:

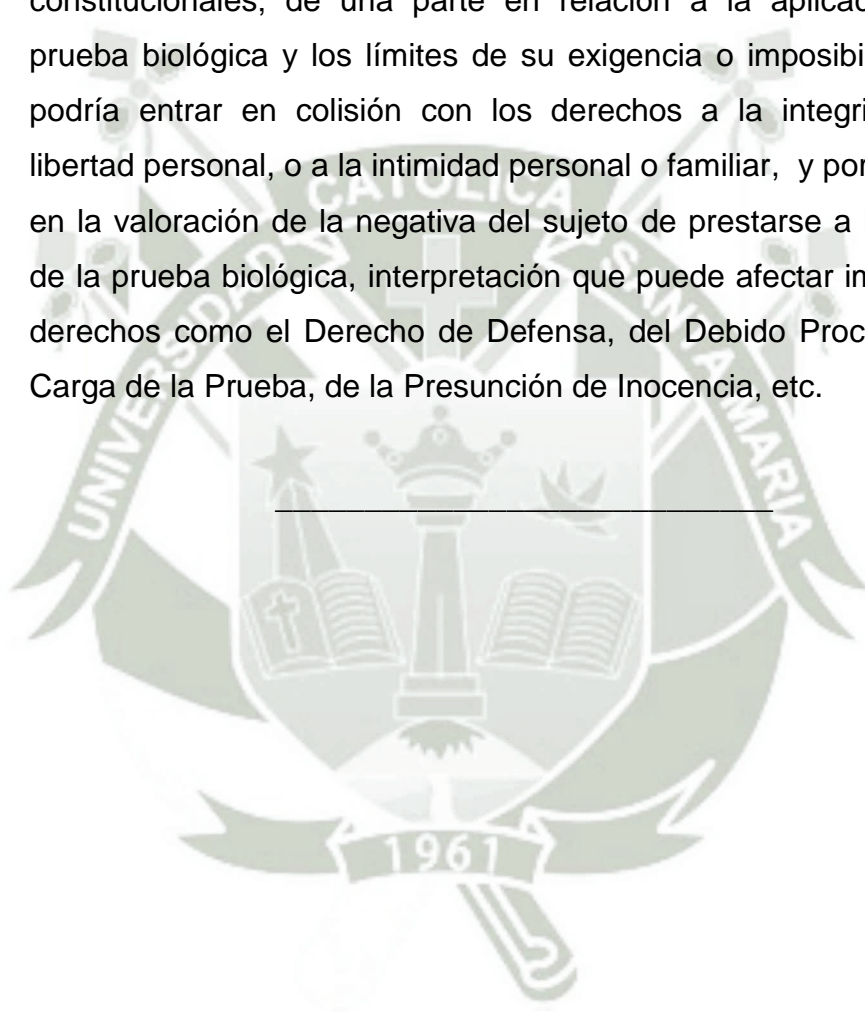
- a) Con la incorporación del inciso sexto del Artículo 402 del C.C., y posteriormente con la creación de un proceso *sui generis*, sólo para el mismo; ha resultado la coexistencia de dos sistemas, uno tradicional aplicable a las cinco primeras causales, basado en presunciones y otro certero, basado en las pruebas genéticas o científicas; permitiendo que se pueda recurrir alternativamente a uno

---

<sup>56</sup> **C.C. 1984.** Artículo 402: Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial. "La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: \_ Inc. 6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza."

u otro, lo cual neutralizaría el avance pretendido y aun peor, en el esquema tradicional, la madre podría optar por pretender una pensión alimenticia de su hijo, cuya paternidad es incierta sin que a la vez le preocupe resolver la incertidumbre sobre la identidad personal de su menor hijo.

- b) Por otro lado, el nuevo proceso creado ha abierto una discusión, por ahora, doctrinaria en nuestro país, referido al conflicto de derechos constitucionales; de una parte en relación a la aplicación de la prueba biológica y los límites de su exigencia o imposibilidad que podría entrar en colisión con los derechos a la integridad, a la libertad personal, o a la intimidad personal o familiar, y por otro lado, en la valoración de la negativa del sujeto de prestarse a la práctica de la prueba biológica, interpretación que puede afectar importantes derechos como el Derecho de Defensa, del Debido Proceso, de la Carga de la Prueba, de la Presunción de Inocencia, etc.



## CAPITULO II

### MARCO DOCTRINARIO

#### SUMILLA

**SUBCAPITULO I: FILIACIÓN JURÍDICA:** 1. ASPECTOS GENERALES. 2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. 3. CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN. 3.1. FILIACIÓN MATRIMONIAL. 3.2. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.

**SUBCAPITULO II: FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL:** 1. GENERALIDADES. 1.1. CONCEPTO. 2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. 2.1. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO. 2.1.1. Naturaleza Jurídica. 2.1.2. Formas de realizar el Reconocimiento Voluntario. 2.1.3. Caracteres Jurídicos del Reconocimiento. 2.1.4. Persona con facultad para realizar el reconocimiento. 2.2. DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN. 2.2.1. Concepto. 2.2.2. Fundamento de la Investigación Judicial de la Relación Paterno-Filial. 2.2.3. Casos en que procede la Investigación Judicial de la Paternidad. 2.2.4. Efectos de la Sentencia de Filiación Extramatrimonial.

#### OBJETIVOS

1. Conocer las nociones y conceptualizaciones de los diferentes temas preliminares que forman parte de la presente investigación.
2. Identificar las formas que tiene nuestra legislación para la determinación de la paternidad.
3. Ubicar la figura del reconocimiento Judicial del Hijo Extramatrimonial, dentro de la filiación en general, con sus características y particularidades.

### SUB CAPÍTULO I

#### FILIACIÓN JURÍDICA

#### 1. ASPECTOS GENERALES

*“La procreación natural es un acto biológico tan humano que implica la participación conjunta (procrear). Fueron dos quienes engendraron a uno. Ese "uno" necesita conocer a esos "dos", o a uno de los dos. Mis orígenes, mis padres, mis raíces, nada como sentirse identificado con los ascendientes, quienes nos dieron "la vida"<sup>57</sup>.*

*En este sentido Bosch, citado también por Varsi sostiene que: "La necesidad de conocer de manera precisa sus orígenes, estuvo siempre latente en el hombre, la búsqueda de quienes fueron sus ancestros era importante para consolidar el grupo"<sup>58</sup>.*

<sup>57</sup> VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique, El Proceso de Filiación Matrimonial, Editorial Gaceta Jurídica S.A., 1ra Edición, 2006, Pág. 13

<sup>58</sup> VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit. Pág. 13.



La reproducción, es un hecho natural, toda persona es hijo de alguien; en este contexto podemos decir que hay una Filiación Biológica que la tienen todas las personas. Por otro lado, esa realidad, cuando es trasladada o regulada por el derecho, para establecer un vínculo jurídico, un estatuto que creará y regirá el estado jurídico de las personas, es que nos referimos a la Filiación Jurídica.

La Filiación Jurídica, no se trata de un mero reflejo de la Filiación Biológica originada por la procreación, sino, que es una atribución o adjudicación normativa, que puede ir en contra aún de la biológica; por ejemplo, si alguien siendo padre biológico pierde el Juicio de Reclamación de Paternidad por sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, o puede que alguien jurídicamente no tenga filiación, no sea hijo de nadie, pues, simplemente en la realidad jurídica carece de “Reconocimiento”.

Pero bueno, centrándonos en nuestro trabajo, la definición de Filiación más apropiada, jurídicamente hablando, es la de CORNEJO CHAVEZ<sup>59</sup>, quien señala que es la que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y, mas restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto). Desde este punto de vista, que es el que particularmente nos interesa, la relación parental se denomina más propiamente paterno-filial, pues, si desde el ángulo del hijo se llama filiación, desde el punto de vista de los progenitores se denomina paternidad o maternidad.

Es indudable como lo indica la doctrina, que la Filiación Jurídica es la “*conditio sine qua non*” para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia, de allí que se diga que implica un triple estado: “Estado Jurídico”, asignado por la ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; “Estado Social”, en cuanto se tiene respecto a otra u otras

---

<sup>59</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, Tomo II, Librería Studium S.A., 5ta. Edición, Lima-Perú, pag.11

personas; “Estado Civil”, pues implica, la situación del hijo frente a la familia y a la sociedad.

## 2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

La Determinación de la Filiación, es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta; como se viene proponiendo, lo ideal es la coincidencia exacta de ambas. Como sostiene BOSSERT y ZANNONI<sup>60</sup> la filiación, tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo o nexo biológico entre hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede ser acreditado, la paternidad o la maternidad quedan jurídicamente determinadas.

Las formas de acreditar la Filiación son las siguientes:

- a) **Determinación Voluntaria.-** También llamada Determinación Negocial. Esta forma está expresamente reconocida en nuestra legislación en el Artículo 390 del C.C.<sup>61</sup>, pero sólo para la filiación extramatrimonial, donde es necesario un reconocimiento expreso o tácito del hijo para que produzca su eficacia.
- b) **Determinación Legal.-** Se produce cuando es la propia ley, la que la establece, ello en base a ciertos supuestos señalados normativamente, como ocurre en el caso peruano con las presunciones de los artículos 361 y 362<sup>62</sup> de la Filiación Matrimonial.
- c) **Determinación Judicial.-** Se da únicamente cuando se permite la búsqueda de la paternidad, es así que ocurre cuando la determinación resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no

<sup>60</sup> BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989, Págs. 360 - 365.

<sup>61</sup> C.C. 1984. TÍTULO II “Filiación Extramatrimonial”, CAPÍTULO PRIMERO “Reconocimiento de los hijos extramatrimoniales”. Artículo 390.- *Formas de reconocimiento*. El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

<sup>62</sup> C.C. 1984. TÍTULO I “Filiación Matrimonial”, CAPÍTULO PRIMERO “Hijos Matrimoniales”.- Artículo 361.- *Presunción de paternidad*. El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.- Artículo 362.- *Presunción de hijo matrimonial*. El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.

reconocida, en base a pruebas relativas al nexo biológico, está regulada en las presunciones del Artículo 402<sup>63</sup> de nuestro Código Civil, las mismas que se tienen que probar.

### 3. CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN

Se dice que existen dos tipos de filiaciones, por naturaleza (matrimonial y extramatrimonial) y por adopción. Pero en general la filiación matrimonial y extramatrimonial son consideradas las dos clases que existen tradicionalmente, las que tienen sus antecedentes y deben su origen al Derecho Romano<sup>64</sup>, porque una característica del mismo, fue distinguir a los hijos dentro del matrimonio y los que se consideraban fuera del mismo, criterio que aún sigue usándose hasta nuestros días, para los efectos de la determinación de la clase de filiación, pero ya no para la Jerarquía de la Filiación.

#### 3.1. FILIACIÓN MATRIMONIAL

Esta Filiación está unida íntimamente al vínculo del matrimonio entre los progenitores, sin embargo el sólo acto matrimonial, no fue suficiente para establecer la filiación, así vemos tres teorías:

##### 3.1.1. Teoría de la Concepción

Considera hijos matrimoniales aquellos concebidos por los padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio, o sean nacidos

<sup>63</sup> **C.C. 1984.** TITULO II "Filiación Extramatrimonial", CAPÍTULO SEGUNDO "Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial". Artículo 402: La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: 1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.- 2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.- 3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.- 4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. 5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitada.- 6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.- Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.- El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

<sup>64</sup> BUENO RINCÓN, Enrique Fabio, La Investigación de la Filiación y las Pruebas Biológicas, 2da Edición, Santa Fé de Bogotá, pág. 36.



después de disuelto o anulado el vínculo; es decir los concebidos antes del matrimonio, serán extramatrimoniales.

### 3.1.2. Teoría del Nacimiento

Son hijos matrimoniales los nacidos en el momento en que sus padres estén casados, no importando el momento en que hayan sido concebidos. Por ello los concebidos antes de la celebración de las nupcias, serán matrimoniales, si nacen cuando ya han sido contraídas; “*contrario sensu*”, no lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento, a pesar de que la procreación se realizó durante su vigencia. Considerando que la filiación se basa en tres hechos, la celebración del matrimonio, luego el parto y posteriormente la disolución o anulación del mismo matrimonio.

### 3.1.3. Teoría Mixta

También denominada del nacimiento-concepción, es adoptada por el Código Civil Peruano en los Artículos 1<sup>65</sup>, 243 inc. 3<sup>66</sup>, 361<sup>67</sup> y 363<sup>68</sup> incs. 1 y 2, la misma que tiene los siguientes postulados.-

- La vida humana se inicia con la concepción.
- El marido de la mujer se presume padre del hijo de ésta.
- La no permisibilidad del matrimonio de la viuda en tanto no trascurra 300 días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz, disposición que se amplía para la mujer divorciada.
- La facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.

<sup>65</sup> **C.C. 1984.** SECCIÓN PRIMERA, TÍTULO I, Artículo 1.- Sujeto de Derecho. La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.- La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

<sup>66</sup> **C.C. 1984.** SECCIÓN SEGUNDA, TÍTULO I, CAPÍTULO SEGUNDO “Impedimentos”. Artículo 243.- *Prohibiciones especiales.* Prohibiciones especiales.- Inc. 3. De la viuda, en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz. Esta disposición es aplicable a la mujer divorciada o cuyo matrimonio hubiera sido invalidado.

<sup>67</sup> **C.C. 1984.** SECCIÓN TERCERA, TÍTULO I, CAPÍTULO PRIMERO. Artículo 361.- *Presunción de Paternidad.* El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

<sup>68</sup> **C.C. 1984.** SECCIÓN TERCERA, TÍTULO I, CAPÍTULO PRIMERO. Artículo 363.- *Negación de la paternidad.* El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: 1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.- 2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

- Atribuir la paternidad matrimonial tanto al hecho propio de la concepción, como del nacimiento, siempre que se respeten los plazos legales, es decir, 180 días antes del matrimonio o que nazca antes de los 300 días desde su disolución.

### 3.2. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Por contraposición con la anterior, podemos decir que es la que se produce fuera del matrimonio, conociéndose tradicionalmente como filiación ilegítima, en comparación con la filiación matrimonial o legítima.

Encontramos en el derecho de la Roma Clásica sus antecedentes, donde se dio la unión matrimonial, y ésta es la que daba firmeza, certeza y estabilidad a los derechos y obligaciones propios de la procreación; trayendo como consecuencia implícita las relaciones extramatrimoniales, hasta el punto de constituir delito la unión sexual de dos personas libres, llamado delito de estupro; así como, la unión de una persona libre y la otra que no lo era, lo que se consideró como delito de contubernio. No obstante el concubinato, era un vínculo que admitía certeza muy similar a la del matrimonio.

Con referencia a su descendencia, los progenitores no tuvieron un estado que fuese legal a diferencia de la matrimonial, por lo que en este caso, cabe la manifestación de la voluntad, como el acto de reconocimiento, la imposición legal o reconocimiento de paternidad, que son los modos de establecerla. Por lo tanto goza el hijo extramatrimonial del hecho de “*status filii*” (situación de filiación), pero no del “*status familia*”; es decir tendrá un nombre, pero no las relaciones familiares completas.

Si consideramos la filiación extramatrimonial, podemos distinguir la materna y la paterna, como sigue:

- **Filiación Materna:** Considerando el precepto latino “*mater semper certa est etiam si vulgo conceperu*”<sup>69</sup>, se establecía que la maternidad es siempre cierta y que solamente basta con demostrarla ante el hecho simple y común de ver gestante a la mujer. Entonces, la gestación como el nacimiento son hecho biológicos que pueden ser probados. Nuestra realidad nos muestra que este sistema ofrece dificultades, cuando la maternidad puede presentarse como acto no indubitable, y por lo tanto no se puede comprobar los dos estados, por lo que la maternidad, solamente puede efectuarse con ayuda de las pruebas heterobiológicas.
- **Filiación Paterna:** De la antigua Roma con Paulo se heredó “*pater semper incertus*”, conteniendo como base las relaciones sexuales y el momento de la fecundación. Debido a ello se establecieron ciertas presunciones como “*praesumptio hominis*” para demostrar la paternidad, lo que se llamaba como “demostración plena”.

Sin embargo la legislación tiende substancialmente a la verdad biológica dejando de lado substancialmente la verdad social, por lo tanto admitir las pruebas biológicas no siempre es la solución, sino brindarle una adecuada protección jurídica sobre el particular<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Tomado del Digesto (*Digesta* en latín y *Pandectas* en griego), obra que reunía la jurisprudencia romana que servía en forma de “citas” a los juristas.

<sup>70</sup> INDACOCHEA MOSTAJO, Alberto G. Tesis “*La Filiación Extramatrimonial y las Pruebas Genéticas*”. Universidad Nacional de San Agustín, 2002, pág.



## ***SUBCAPÍTULO II***

### ***FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL***

#### **1. GENERALIDADES**

##### **1.1. CONCEPTO**

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido la filiación legítima de la ilegítima, determinando para la primera un trato privilegiado y degradando a la última;<sup>71</sup> entendiéndose como ilegítima a la Filiación Extramatrimonial, la que nace de la relación de parentesco que existe de los hijos respecto a sus padres, nacidos aquellos fuera del matrimonio.

A tenor de nuestro Código Civil, hay dos medios de probar la filiación extramatrimonial o más propiamente, dos formas de determinar la filiación extramatrimonial, (Artículo 387° del Código Civil): mediante reconocimiento voluntario por parte del padre o la madre o bien por medio de la sentencia declaratoria de la paternidad.

De otro lado, son el padre y la madre o uno de ellos, los primeros llamados a efectuar el reconocimiento, sin embargo la ley faculta que lo puedan realizar, también, los abuelos o abuelas de la respectiva línea (paternos o maternos según corresponda), en el caso de la muerte del padre o la madre o cuando éstos se hallen comprendidos en los artículos 43° incisos 2 y 3, y el 44° incisos 2 y 3, o en el artículo 47° del Código Civil.

---

<sup>71</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Editorial Librería Studium S.A., Tomo II, Quinta Edición, AÑO, pág. 92 - 93.

La filiación extramatrimonial está referida al reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, tradicionalmente se dice que es un hecho discrecional del padre o de la madre o de ambos; criterio que nosotros lo consideramos desfasado, como veremos en la parte tercera de la presente investigación.

Los hijos extramatrimoniales, son aquellos concebidos y nacidos fuera de la unión matrimonial. No interesa que los padres sean casados, divorciados, solteros. Esto teniendo en cuenta la norma constitucional actual, en el que se establece la igualdad de tratamiento de los hijos y el hecho de no hacer mención a la situación legal de los padres, que con acierto ha sido asumido por nuestra legislación con la finalidad de evitar discriminaciones de todo tipo.

Nuestra legislación, como hemos visto, haciendo eco de las tendencias extranjeras y luego de los nuevos criterios internacionales, ha recorrido un largo camino en cuando a este tipo de filiación, en resumen vemos:

El Código Civil de 1852 distinguía entre hijos naturales (nacidos de padres solteros, sin impedimento alguno para contraer matrimonio), adulterinos (nacidos de una pareja que no están casados entre ellos sino con terceras personas), e incestuosos (los hijos que procrean sujetos que tienen entre si relaciones de parentesco consanguíneo en línea recta).

El Código Civil de 1936 consideraba a los hijos extramatrimoniales como ilegítimos, estableciendo odiosas diferencias entre éstos y los matrimoniales.

El Código Civil de 1984 distingue entre los hijos nacidos dentro del matrimonio (matrimoniales) y fuera del matrimonio (extramatrimoniales), además de considerar a la adopción como forma legal de filiación; pero, con la finalidad de clasificar la situación material en la que se hallan, tendiendo a su efectiva protección.

## 2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

La determinación de la filiación, como dijimos, es la afirmación jurídica de una realidad biológica precedente. Tratándose de hijos matrimoniales, los modos de determinación se originan en base al casamiento y luego en las presunciones legales. En el caso de la extramatrimonial los modos son, voluntarios o judiciales, dependiendo lamentablemente de la mera voluntad de los padres.

### 2.1. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

En los casos de Reconocimiento tenemos la Filiación Extramatrimonial Voluntaria que se presenta cuando el padre, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, decide reconocer a un menor como hijo suyo, otorgándole un apellido y a través de él, la respectiva filiación y los derechos implícitos; sobre el tema dice CORNEJO CHÁVEZ que el “reconocimiento es un acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra”<sup>72</sup>.

Es importante señalar, como lo hace PERALTA ANDÍA, que el reconocimiento es un derecho de los hijos, así como un derecho-deber de los padres, manifiesta que “El reconocimiento de hijos extramatrimoniales es un acto jurídico familiar por el que una persona declara la paternidad o la maternidad de un hijo extramatrimonial”, y agrega, “no requiere la aceptación del reconocido, salvo que se trate de una persona mayor de edad”<sup>73</sup>.

Este tipo de acto jurídico, por el que se manifiesta formalmente la relación paterno-filial por razones de conciencia, de una íntima convicción o por cualquier otro motivo semejante; está ligado a la responsabilidad por los actos personales, teniendo en cuenta que de ello

---

<sup>72</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Ob. Cit. pág. 99.

<sup>73</sup> PERALTA ANDÍA, Javier, *Derecho de Familia*, pág. 98.



va depender el goce pleno de los derechos que nuestra Constitución y leyes otorgan a los menores.

### 2.1.1. Naturaleza Jurídica

Las doctrinas actuales consideran que el reconocimiento es un acto jurídico que consagra la aceptación voluntaria del hijo como tal por uno o ambos padres. El problema que se presenta es el hecho de establecer si este acto es constitutivo o meramente declarativo.

Pero la doctrina tradicional considera el reconocimiento como una confesión y es que el hecho de reconocer a un menor habido fuera del matrimonio, implicaba pues el aceptar que se fue infiel, lo que podía acarrear serias consecuencias, como el divorcio.

Teorías sobre la Naturaleza del reconocimiento.-

- **Carácter Constitutivo.-** Fue sustentado por Planiol, Ripert, Cicu<sup>74</sup> y otros, en razón de que éste, produce efectos creadores del lazo de filiación, por tanto, los derechos y obligaciones que de él derivan, operan *ex nunc*, esto es, para el futuro.
- **Carácter Declarativo.-** Por su parte COLIN y CAPITANT<sup>75</sup>, encarnan la tesis de que el reconocimiento no crea el lazo de filiación, el cual pre-existe desde que se produjo la procreación, sino que solo lo comprueba, lo admite, lo declara<sup>76</sup>. El nombre mismo de la figura “reconocimiento” revela su carácter declarativo, porque no se puede reconocer, sino solo lo que ya existe: así vemos que no se es padre o hijo por que aquel haya reconocido a este, se es tal o cual por el hecho de la procreación.

<sup>74</sup> Citados por PERALTA ANDÍA, Javier, Ob. Cit., pág. 411.

<sup>75</sup> Citados por PERALTA ANDÍA, Javier, Ob. Cit., pág. 411.

<sup>76</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Ob. Cit. Pág. 99.

- **Criterio Ecléctico.-** Que sostiene que el reconocimiento es declarativo para el padre y constitutivo para la madre. Sin embargo, nos damos cuenta que no se puede hacer este tipo de diferenciación entre los progenitores de un menor, puesto que a ambos les corresponden los mismos efectos referidos al reconocimiento.

El vigente Código Civil no establece con precisión si la filiación extramatrimonial es declarativa o constitutiva. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia coinciden el carácter declarativo del reconocimiento, puesto que a través de él se "declara" la existencia de un nexo biológico de padre-hijo, madre-hijo.

El reconocimiento puede hacerlo el padre o la madre o de manera conjunta.

### 2.1.2. Formas de realizar el Reconocimiento Voluntario

El reconocimiento puede darse de tres formas:

- a) *Reconocimiento en el Registro de Nacimientos*, en la que no es indispensable la participación de testigos. Se realiza en el mismo registro en el que se inscribe el nacimiento del hijo.
- b) *Reconocimiento por Escritura Pública*, se realiza ante Notario Público el mismo que da fe del acto.
- c) *Reconocimiento por Testamento*, busca el no dejar en desamparo al hijo que no ha sido reconocido.

### 2.1.3. Caracteres Jurídicos del Reconocimiento

Dentro del contexto que venimos definiendo el Reconocimiento como un Acto Jurídico, aunque propio del Derecho de Familia, vemos que sus características se establecen en el mismo Código Civil, considerando a dicho acto como formal (Artículo 390), de carácter

unilateral y facultativo (Artículo 388), de ser un acto individual (Artículo 392), de tener la calidad de personal (Artículo 393) y de ser un acto jurídico puro e irrevocable (Artículo 395).

- Es un **Acto Unilateral**, ya que es el padre el que voluntariamente decide reconocer a su hijo. En el caso del Código Civil de 1936 se establece el hecho que aún siendo el hijo mayor de edad no se requiere de su consentimiento para el reconocimiento.
- Es **Facultativo**, relacionado a la autonomía de la voluntad. Nadie puede ser obligado a expresar su voluntad de declararse padre o madre de un menor. Debemos anotar que esta constituye la posición tradicional, que nosotros nos encargaremos de contrastarla en el presente trabajo.
- Es **Personal** porque nadie, ni aún el representante legal del menor o del incapaz, puede, por regla general, afirmar un lazo de filiación del cual no es autor, por el carácter íntimo del procreador.
- Es un **Acto Puro y Simple**, ya que no puede sujetarse a término, condición, ni modo.

Igualmente, podemos hablar del reconocimiento como un acto “irrevocable”, ya que no puede dejarse sin efecto una vez verificado el acto, lo que se funda no sólo en su naturaleza declarativa sino en una razón moral y de seguridad jurídica que hace preciso dotar de estabilidad al estado de las personas.

#### 2.1.4. Persona con facultad para realizar el reconocimiento

##### *Sujetos del Reconocimiento*

##### **a) Sujeto Activo**

El reconocimiento puede ser efectuado por:



- ❖ Puede indicarse que el sujeto activo del reconocimiento del hijo es el padre o la madre<sup>77</sup>, quienes pueden serlo en forma separada o conjunta (Artículo 388 del C.C.).
- ❖ Los abuelos o abuelas en la respectiva línea, en el caso de fallecimiento del padre o de la madre. (Artículo 388 del C.C.). Este caso se hace extensivo cuando los padres están privados de discernimiento, o que siendo sordomudos, ciegosordos o ciegosordos, no pueden expresar su voluntad de manera indubitable o también cuando los padres sean menores de 14 años, en este último supuesto una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a sus hijos (Artículo 43 incisos 2 y 3; y Artículo 44 incisos 2 y 3 y Artículo 47).
- ❖ Los menores de edad que hayan cumplido los 16 años.

#### *Casos Especiales*

- ❖ Reconocimiento del hijo extramatrimonial de la mujer casada: el código actual ha corregido esta absurda situación, estableciendo definitivamente que el hijo de la mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable, y si la madre estuvo casada en la época de la concepción sólo puede solicitar la declaración judicial de paternidad extramatrimonial en caso de que el marido hubiese contestado la paternidad y obtenido también sentencia favorable.
- ❖ Hijo Extramatrimonial reconocido por otro: es el caso del hijo que ha sido reconocido por tercera persona. Para evitar la incertidumbre de la filiación del hijo, el segundo reconocimiento es nulo mientras no se impugne la filiación del primer reconocimiento.

#### **b) Sujeto Pasivo**

Es el reconocido, del cual no se requiere su asentimiento para el reconocimiento, razón por la cual se puede realizar sin su

<sup>77</sup> VASQUEZ GARCÍA, Yolanda, Derecho de Familia, pág. 597.

consentimiento y si no coincidiera con su verdadera filiación, podría ser impugnado. Así también debemos tener en cuenta como precisa CORNEJO CHÁVEZ<sup>78</sup>, que la ley peruana, tiene una excepción en cuanto a la mujer casada, mientras no haya una impugnación victoriosa del marido. Pueden ser reconocidos:

- Los hijos extramatrimoniales, sin excepción: estableciendo nuestra legislación que tratándose de hijos mayores, no confiere al que lo hace, derechos sucesorios ni derechos a alimentos, sino sólo en caso de que el hijo tenga respecto del padre la posesión constante de estado o consiente en el reconocimiento (Artículo 398).
- Los concebidos: El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (Artículo 392 concordante con el Artículo 1 del C.C.).
- Los hijos fallecidos: Se trata de amparar a los descendientes. (Artículo 394 del C.C.)

## 2.2. DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN

### 2.2.1. Concepto

Como venimos advirtiendo, se presenta un problema de ardua solución cuando el padre o la madre de un hijo extramatrimonial se resisten a reconocerlo, o porque desconfía de la verdad del vínculo o por mala fe. Se trata entonces de saber si es posible que el hijo concurra al Poder Público para que, practicada la investigación pertinente, declare, sin la voluntad o contra la voluntad de dichos padres, la relación de filiación.

En este caso, lo que corresponde es la Investigación Judicial de la Paternidad, denominado también Reconocimiento Forzoso, o Reconocimiento Judicial, viene a ser el emplazamiento de la paternidad, cuando el padre se resiste a reconocer al menor, debido generalmente a la desconfianza del vínculo biológico, por lo que se

---

<sup>78</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Ob. Cit. Pág. 131

acude al órgano jurisdiccional con la finalidad que a través del proceso pertinente se establezca la filiación del menor.

### 2.2.2. Fundamento de la Investigación Judicial de la Relación Paterno-Filial

La prohibición de investigar judicialmente la paternidad o maternidad, se basó principalmente en las razones siguientes:

1. La dificultad de prueba, derivada de las circunstancias de ocultación o disimulo en que comúnmente se desarrollan las relaciones sexuales extramatrimoniales; circunstancias que son más notorias tratándose de la paternidad, porque cuando se trata de la maternidad la relación se expresa por hechos tangibles -como son el embarazo y el parto-, y cuando se trata de la paternidad sólo se cuenta con la Prueba de ADN, que actualmente se viene aplicando<sup>79</sup>; y
2. El carácter inmoral, o vergonzante de tales relaciones extramatrimoniales, sobre todo cuando son la fuente de filiación adulterina, incestuosa, sacrílega o mancillada; razón que llama a desistir de toda investigación judicial de la paternidad o de la maternidad, no sólo por lo que tendría de deprimente para los padres y para el mismo hijo, sino por el escándalo que tal investigación originaría, por la mella que causaría en las creencias religiosas o morales y hasta en la misma organización social, y por el daño que podría ocasionar en ciertos casos al perturbar la paz de las familias y perjudicar los derechos del cónyuge o de los hijos matrimoniales.

<sup>79</sup> Entendamos que la Prueba de ADN, se presenta como una posibilidad para los menores no reconocidos de que se les declare la paternidad con una certeza del 99.9%, esta prueba presenta serias dificultades en su aplicación sobretodo de índole económico, por lo que no estaría cumpliendo los fines para los cuales fue insertada en nuestro ordenamiento jurídico.



### 2.2.3. Casos en que procede la Investigación Judicial de la Paternidad

La paternidad extramatrimonial -preceptúa el artículo 402- puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre, hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto, se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea de la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

De acuerdo a lo anterior, tenemos.-

#### a) Escrito indubitado

Es el caso en que más fácilmente puede el hijo plantear la acción de filiación y en el que con mayor justificación procede la declaración judicial de la paternidad<sup>80</sup>.

En la generalidad de los casos, la circunstancia de que el escrito proveniente del mismo padre deba tener el carácter de indubitable,

<sup>80</sup> BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho de familia*, pág.346.

muestra que el hijo no haya sido reconocido formalmente no habrá de atribuirse; sino a un injustificado cambio de actitud por parte del padre, o a que éste -no obstante su intención de reconocer- nunca llegó a hacerlo por razones ajenas a su voluntad y en tanto falleció o devino incapaz, o a que, en fin, asume la actitud, inaceptable para la ley, de querer limitar los alcances y beneficios de la filiación -dando, por ejemplo, alimentos al hijo, más privándolo del derecho hereditario- en todos aquellos supuestos que hace bien la ley en facultar al hijo para pedir una declaración judicial de la paternidad, con la que ésta quede formalmente establecida, y para que surta la integridad de los efectos que el ordenamiento legal señala y que no pueden quedar librados al arbitrio del padre <sup>81</sup>.

PERALTA ANDÍA,<sup>82</sup> sobre el particular indica que existen dos tendencias: a) *Restringida*.- Que exige que el documento sea autógrafo, es decir, que esté extendido de puño y letra por el padre, aunque no esté firmado y además que sea con el deliberado propósito de reconocer al hijo; y b) *Amplia*.- Que puede ser a máquina o cualquier otro medio con tal de que lleve la firma del padre, no siendo la voluntad directa el reconocer al hijo; esta última es a la que se adhiere la legislación peruana.

Se comprende, por supuesto, que el escrito indubitado a que se contrae la ley no será la partida de nacimiento, ni la escritura pública de reconocimiento, ni el testamento, pues entonces la Investigación Judicial de la Paternidad resultaría inútil, sino otro escrito que, sin ser un reconocimiento legal, constituiría una constancia indudable de admisión de la paternidad, (directa o indirecta). Tales escritos serán, por lo ordinario, cartas cambiadas entre el presunto padre y el hijo o entre aquél y la madre, etc. También deberán considerarse como tales los actuados judiciales, relativos a juicio o procedimiento distinto

---

<sup>81</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, pág.133

<sup>82</sup> PERALTA ANDÍA, Javier. *Derecho de Familia en el Código Civil Peruano*, pág.482

del de investigación de la paternidad (alimentos, divorcio), en que el presunto padre señala inequívocamente a su hijo no reconocido.

### **b) Posesión constante de estado**

La posesión de estado, está referido a la existencia de un conjunto de circunstancias de hecho, es decir, que el hijo haya sido tratado de modo constante como hijo de la familia, no sólo por el padre, sino incluso por la familia, a los que obviamente se cree unido en una relación paterno-filial y familiar. Tradicionalmente se expresa la "posesión constante de estado" por la concurrencia de tres elementos: "*nomen, tractatus, fama*". Tendrá, por tanto, esa posesión quien haya usado y use el apellido del presunto padre, a quien éste haya dado el trato de hijo -alimentándolo, educándolo, proveyendo a su instrucción, etc.-, y quien haya sido tenido por tal hijo en el círculo de las relaciones ordinarias del padre.

El Código Civil peruano, al respecto en el inciso segundo del Artículo 402, determina dos supuestos<sup>83</sup>:

- a) Que el hijo se halle en posesión constante de estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre y de su familia, y
- b) Cuando el hijo se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda en posesión constante de estado.

### **c) Concubinato**

El Código Civil de 1984 dispone en el inciso 3° del artículo 462, la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando el presunto padre hubiese formado un hogar de hecho con la madre en la época de la concepción. Lo importante en esta causal es

<sup>83</sup> PERALTA ANDIA, Javier. *Derecho de Familia en el Código Civil Peruano*, pág.483



que esta unión tenga la característica de permanencia, sin importar que exista o no impedimentos para casarse.

Es de hacer notar que en nuestra legislación, el demandado podía invocar la *exceptio plurium concubentium* o excepción de vida disoluta de la madre, que alude a las relaciones íntimas de una mujer con varios hombres en época coincidente a la concepción e igualmente podía alegar que le fue manifiestamente imposible tener trato sexual con la madre: actualmente y desde la ley 27048 quedaron derogadas estas excepciones, pues, con las pruebas de validez científica, tornaba sin mayor eficacia las mismas que se sustentaban en inconductas.

#### **d) Violación, rapto o retención violenta**

El inciso 4° del artículo 402 determina que en los casos de comisión de estos delitos procede la investigación judicial de la paternidad, siempre que la época del delito coincida con la de la concepción.

En este supuesto, es importante determinar previamente, si la declaración judicial de la paternidad exige que previamente el demandado o presunto padre haya sido condenado por el respectivo delito. Del texto del inciso bajo estudio parece desprenderse la necesidad de que se haya expedido sentencia penal condenatoria, pues es sólo en ella que quedan establecidas la comisión del delito y la culpabilidad del encausado.

Por otro lado, un aspecto igualmente importante es cuando el delito se ha perpetrado por varios sujetos. Nuestra legislación anterior no previó la solución de tal supuesto. "Se podría sostener, decíamos entonces, la tesis de que todos los autores del delito deben ser declarados padres del fruto del delito; y el texto de la ley podría favorecer esta interpretación, que, sin embargo, repugna a la lógica. Este supuesto, modificado con la ley 27048, dispuso en nuestro

código que cuando fueren varios los autores del delito, la paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si alguna de las pruebas biológicas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se negara a someterse a alguna de las pruebas será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas.

### **e) Seducción**

Podemos definir seducción, como el acto de engañar con maña, según el inciso 5° del artículo 402, procede la declaración judicial de la paternidad en el caso de seducción de la madre, cumplida con promesa de matrimonio, en época contemporánea de la concepción, y siempre que la promesa conste de manera indubitable.

Actúa más rígida la ley peruana, porque en otros países que simplemente se refieren a la seducción de la madre "realizada con ayuda de maniobras dolosas" entre las cuales se cita, pero sólo a manera de ejemplo, el abuso de autoridad y la promesa de matrimonio o esponsales (artículo 340 del Código Francés). Refiriéndose a esta disposición, las demás circunstancias semejantes pueden ser consideradas por el juez. Del texto inequívoco de la disposición nacional se desprende que la promesa matrimonial no es mencionada en ella a título de ejemplo.

Menos clara es la cuestión de saber si la confesión o la absolución de posiciones rendidas por el presunto padre ante el Poder Judicial en juicio o procedimiento distinto o aún dentro del juicio de investigación de la paternidad pueden considerarse como la constancia indubitable a que alude el inciso 5° del artículo 402. Dentro de las disposiciones de la ley nacional, pensamos que si bien la confesión o la absolución de posiciones rendidas con anterioridad podrían considerarse como la constancia que exige el inciso que nos ocupa, no puede estimarse

como tal la confesión prestada dentro del mismo juicio investigatorio de la paternidad.

También es importante determinar si, para que proceda la demanda, se necesita que previamente se haya pronunciado contra el presunto padre sentencia condenatoria por el delito de seducción; a cuyo respecto repetiremos aquí lo que se dijo acerca del caso de violación o rapto, esto es, que del texto de la ley se infiere que debe haberse producido esa sentencia condenatoria; pero, al menos en dos casos, la Corte Suprema ha decidido lo contrario: la Sentencia del 6 de diciembre de 1972 declaró que, habiéndose probado que las relaciones sexuales tuvieron su origen en la seducción de la madre cuando era menor de edad, no es necesario que exista una instrucción por delito contra el honor sexual; y la del 26 de junio de 1973, que la seducción no tiene que configurar forzosamente un delito para el efecto de declaración de la paternidad extramatrimonial.

#### **f) Vínculo Parental Acreditado**

Se trata de un sexto caso, incorporado por la Ley 27048, que señala que cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza; modificación que no solo ha sido ratificada por la nueva ley 28457, sino que alrededor de la misma ha creado un proceso especial fuera del código procesal.

Dos cosas importantes al respecto. Primero, que la norma no exige que se presente un principio de prueba; pues, para iniciar el proceso especial, bastará con ofrecer la prueba pericial respectiva para que sea admitida la demanda, ya que la misma se actuará dentro del proceso. Por otro lado, esta acción no es procedente respecto del hijo de mujer casada, cuyo marido no hubiese logrado sentencia fundada de negación de paternidad.



Sobre esta acción así como su proceso, trataremos con más detalle en el siguiente capítulo del presente trabajo de investigación.

#### 2.2.4. Efectos de la Sentencia de Filiación Extramatrimonial

De lo avanzado hasta esta parte, podemos afirmar que existen dos formas de determinar la filiación extramatrimonial: el Reconocimiento y la Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial. Si bien es cierto en ambos casos se determina la relación paterno o materno filial y se le confieren al hijo reconocido o declarado judicialmente derechos sucesorios y alimentarios, no ocurre lo mismo cuando se refieren a derechos del progenitor emplazado judicialmente a efectos que se declare la relación paterno filial.

Así vemos que al padre emplazado, no se le otorgan derechos sucesorios ni alimentarios, ello como sanción a su negativa de reconocer a sus hijos y asumir las responsabilidades naturales con su prole<sup>84</sup>.

Otro efecto, que igualmente proviene de esta negativa es en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, la misma que será ejercida únicamente por quien reconoció al menor de manera voluntaria. Al respecto, ARIAS SCHREIBER, manifiesta que "...cabe señalar que aún cuando no se conceda la patria potestad a los progenitores judicialmente declarados, éstos tendrán derecho a conservar con los hijos las relaciones personales indicadas por las circunstancias..."<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Nuestra legislación asumió con acierto esta postura, porque sería incongruente y sin sentido de justicia que un progenitor que se negó a reconocer irresponsablemente a su hijo en forma voluntaria, pudiera posteriormente exigir algún derecho del hijo malamente negado. Salvo no haya tenido conocimiento de su existencia.

<sup>85</sup> ARIAS SCHREIBER, Max, *Exégesis de Código Civil*, pág. 121.

## **PARTE II**

### **INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD, ALTERNATIVAS Y EFECTOS**

#### **CAPÍTULO I**

#### **SISTEMAS DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD**

##### **SUMILLA**

1. CUESTIONES PRELIMINARES. 2. SISTEMAS DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD. 2.1. SISTEMA PROHIBITIVO. 3. SISTEMA PERMISIVO. 3.1. SISTEMA CERRADO O SOCIAL. 3.2. SISTEMA ABIERTO O BIOLÓGICO. 3.3. SISTEMA MIXTO.

##### **OBJETIVOS**

1. Identificar los diferentes Sistemas de Investigación de la Paternidad
2. Apreciar sus características y peculiaridades
3. Establecer las diferencias entre cada sistema

#### **1. CUESTIONES PRELIMINARES**

Hasta aquí, nuestro estudio ha avanzado dándonos un marco necesario en cuando a la Filiación Biológica y Filiación Jurídica en general y en especial a la Filiación Extramatrimonial, ello dentro de un panorama histórico y doctrinario; de lo que podemos concluir que no obstante que la persona debe tener una madre y un padre y debe guardar una concordancia entre el dato biológico y el legal, sin embargo, hasta la fecha han seguido vías paralelas en desmedro de los hijos; lo cual no se justifica; pues con los avances científicos, donde la identidad biológica ya cuenta con una certeza irrefutable, es que el derecho tiene que adecuarse no solo a estos avances científicos, sino al desarrollo integral de los derechos humanos que promueven una protección integral de los hijos.

Ahora para ir cerrando la investigación y acercarnos más a la protección integral al Derecho a la Identidad, que es el objeto de la presente

investigación, conviene tratar el tema en concreto sobre la Investigación de la Paternidad. Al respecto debemos indicar que la figura del hijo extramatrimonial ha sufrido una evolución, no sólo en cuanto a su condición misma con respecto a los otros hijos, sino también en cuanto a su Reconocimiento y la Investigación de la Paternidad. Se ha seguido un recorrido desde sistemas en los cuales ni siquiera se tomaba en cuenta, sistemas en que no se le permitía o sistemas que se le permitía, pero con derechos restringidos. Es en cuanto a esto último que conviene detenerse un poco y de modo muy sucinto analizar su evolución, identificar los tipos de sistemas que existen al respecto, igualmente será necesario tratar su desarrollo en nuestro marco legislativo, para avocarnos al tratamiento bipolar de la investigación de la paternidad en que actualmente se encuentra nuestro sistema y finalmente las alternativas que se planteó nuestra legislación ante la dificultad del reconocimiento y para tutelar a los menores y a modo simplemente de introducción, tratar el tema de los daños que se podrían causar por provocar una investigación de la paternidad o no iniciar las acciones mismas.

## **2. SISTEMAS DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD**

En contexto general podemos apreciar que la legislación actuó como cómplice del padre que no quería asumir una paternidad fuera del matrimonio, ocultándolo, desprotegiendo a la madre y convirtiendo a los hijos en víctimas; es así que, la investigación de la paternidad fue prohibida, siendo su cambio una conquista del derecho moderno. Actualmente el legislador ya no puede evitar o prohibir su investigación, pero sí puede restringirla o limitarla. Es el Dr. VARSI<sup>86</sup>, quien nos da una visión panorámica al respecto, así vemos:

---

<sup>86</sup> VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Editora Jurídica Grijley. 2004.



## 2.1. SISTEMA PROHIBITIVO

Sistema que toma como argumento el supuesto chantaje que puede haber contra el presunto padre y la vulneración de la paz, intimidad e integridad familiar, reconociéndose el carácter absoluto de la familia, y restringido su paternidad, y por lo tanto se limita su indagación.

Esto se debió fundamentalmente a aspectos éticos, religiosos<sup>87</sup> o morales y la organización social por el daño que los mismos pueden ocasionar en el ambiente familiar.

Este sistema, fue el que imperó en casi todas las legislaciones del siglo pasado, como: Austria, Dinamarca, España, Noruega Prusia, Suecia, Francia, siendo de éste último país y su famoso Código de Napoleón, que llegó a nuestro continente la mentada prohibición. Fue después de la Primera Guerra Mundial, que a consecuencia primero de los movimientos feministas y después los tratados internacionales que el sistema se fue flexibilizando y desapareciendo.

Con respecto al sistema francés, es que MÉNDEZ COSTA,<sup>88</sup> indica *“pareció entenderse que como la relación de filiación comporta derechos y obligaciones, estos derechos y obligaciones sólo podían tener origen en la manifestación de voluntad del padre y de la madre. Como resultado de este razonamiento se arribó a la prohibición de investigar la filiación, pero, en concesión a la tradición, sólo se vedó la investigación de la paternidad y no de la maternidad”*.

Como indicamos en la primera parte de este trabajo, siguiendo la tradición francesa, este sistema lo tuvimos en el Código Civil de 1852<sup>89</sup>, aunque, debemos reconocer que no fue una prohibición absoluta, pues,

---

<sup>87</sup> Por ejemplo la religión musulmana, no reconoce la acción de investigación de la paternidad.

<sup>88</sup> MÉNDEZ COSTA, La Filiación, Tratado de derecho Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1963, pág. 35.

<sup>89</sup> C.C. 1852 “Art. 242. Se prohíbe toda indagación sobre la paternidad, cuando se trata de los derechos que los hijos ilegítimos tienen respecto de la madre ó de los parientes de esta.”.

permitida como excepción la investigación de paternidad como consecuencia del rapto o estupro<sup>90</sup>.

### 3. SISTEMA PERMISIVO

Son aquellas legislaciones que la admiten a fin de entender el esclarecimiento de la relación familiar, incluso desde la concepción. Encontrando derivaciones dentro de su permisibilidad, así vemos:

#### 3.1. SISTEMA CERRADO O SOCIAL

La ley señala casos taxativos o concretos, en los que procede la investigación, precisando mediante supuestos, los elementos en los cuales hacen presumir una relación parental y que deben ser demostrados en el proceso. Este es el caso asumido por la legislación peruana en el Código Civil de 1936<sup>91</sup>.

Dentro de este sistema a su vez existe una variable que se le denomina Sistema Cerradísimo u obtuso, en el que se reduce en un solo caso, la investigación de la paternidad, y establece un exacerbado proteccionismo a la familia patrimonial de manera tal que el hombre no puede ser accionado en paternidad por una mujer que sea distinta a su cónyuge; esta forma limitada de investigación de paternidad, hoy día ya no tiene aplicación por haber caído en desuso.

#### 3.2. SISTEMA ABIERTO O BIOLÓGICO

Postula la investigación de la paternidad, por medio de toda clase de pruebas, se basa fundamentalmente en la filiación biológica, tomando

<sup>90</sup> **C.C. 1852** "Art. 237: Los derechos concebidos por este código á los hijos naturales reconocidos no se adquieren por sentencia en que se declare la paternidad. Exceptúese el caso en que fuere declarada la paternidad a consecuencia de un juicio de rapto o estupro."

<sup>91</sup> **C.C. 1936** "Artículo 366: La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada: 1.- Cuando exista escrito indubitado del padre en que la reconozca. 2.- Cuando el hijo se halle en la posesión constante del estado de hijo ilegítimo del padre, justificada por actos directos de éste o de su familia. 3.- En los casos de violación, estupro o rapto, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. 4.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre durante la época de la concepción. 5.- En el caso de seducción de la madre, cumplida con abuso de autoridad o con promesa de matrimonio, en época contemporánea de la concepción, y siempre que para el segundo supuesto exista principio de prueba escrita.

como ayuda la medicina, la biología, la antropología y últimamente la genética, trabajando incesantemente a fin de perfeccionar las pruebas de paternidad.

Se basa fundamentalmente en que todo ser humano tiene derecho a identificarse y a vincularse con sus padres genéticos que lo han procreado, a través de cualquier medio.

Este sistema lo tenemos en Argentina, Alemania, Honduras, Québec.

### 3.3. SISTEMA MIXTO

El Sistema Mixto permite que se realice una investigación amplia y otra restringida, pues la circunscribe a casos taxativamente enumerados por la ley, por lo tanto como lo manifiesta CORNEJO CHÁVEZ<sup>92</sup> “al franquear la posibilidad de la investigación con amplitud si se trata de maternidad, y con severas restricciones, si se trata de paternidad”.

En la actualidad, en la mayoría de los diferentes estados del mundo no se prohíbe la investigación de la paternidad, pero sí puede limitarse en mayor o menor medida; como hemos visto en los sistemas permisivos que se clasifican en cerrados, abiertos, y mixtos de investigación de paternidad.<sup>93</sup>

En resumen, un sistema cerrado restringe la investigación de la paternidad a una lista de causales, un sistema abierto la permite libremente, y uno mixto contempla causales más un supuesto de investigación libre.

En los sistemas cerrados y mixtos las causales son supuestos que cumplen una doble función: en primer lugar, son los únicos casos en los

<sup>92</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, tomo 2, 6ta Edición, Librería Studium, Lima, 1987, pág. 58.

<sup>93</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, La declaración judicial de la paternidad extramatrimonial, En: AA.VV. Libro Homenaje a José León Barandiarán, Lima, Cultural Cuzco, 1985, pág. 60-61.



que procede la admisión de la demanda y, en segunda instancia, son presunciones legales *iuris tantum*<sup>94</sup> sobre la paternidad que el demandado deberá contradecir y la parte demandante deberá acreditar de manera debida y con todos los medios probatorios a su alcance<sup>95</sup>.

El caso peruano actual, es bastante particular, pues, como veremos posteriormente, podemos considerarlo dentro de un sistema abierto a tenor de la nueva ley 28457, pero con una subsistencia aún de casos taxativamente enumerados pero que a su vez no tendrían vigencia.



<sup>94</sup> Una presunción legal *iuris tantum* significa que se presume la paternidad en los supuestos establecidos salvo que el demandado pruebe lo contrario.

<sup>95</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Filiación, derecho y genética: aproximaciones a la teoría de la filiación biológica, Lima, Universidad de Lima, Fondo de Cultura Económica, 1999, pág. 56-57. En el mismo sentido CORNEJO Chávez, Héctor. Ob. Cit. Pág. 69

## CAPITULO II

### DESARROLLO HISTÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

#### SUMILLA

1. PAUTAS EVOLUTIVAS. 1.1. DERECHO ROMANO. 1.2. EL DERECHO CANÓNICO. 1.3. EL DERECHO MEDIOEVAL. 1.4. EL DERECHO FRANCÉS. 1.5. EL DERECHO ESPAÑOL. 1.6. EL SISTEMA GERMÁNICO. 2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL.....

#### OBJETIVOS

1. Identificar la evolución de la Investigación de la Paternidad en los diferentes países o sistemas jurídicos.
2. Observar las pautas evolutivas que ha seguido la figura materia de investigación.
3. Apreciar el tratamiento internacional que ha logrado.

#### ***Desarrollo Histórico de la Investigación de la Paternidad***

En nuestra época, como indica el Dr. CORNEJO CHÁVEZ<sup>96</sup>, se presenta un problema de ardua solución cuando el padre de un hijo extramatrimonial se resiste a reconocerlo, por que desconfía de la verdad del vínculo o por mala fe; pero este problema de mera voluntad; es la Tutela Judicial otorgada por el Estado, que apoyada de métodos científicos, se está encargando de solucionarlos, como veremos, es el final de un largo camino, donde la desprotección del menor, no fue solamente por parte del padre, así vemos:

#### **1. PAUTAS EVOLUTIVAS**

##### **1.1. DERECHO ROMANO**

En la Etapa pagana, era ajeno el concepto de la paternidad, la situación de la Familia Romana se basaba sobre el *pater*, el hijo nacido fuera de matrimonio no se ligaba ni al padre ni a la madre, en la *familia cognática*,

<sup>96</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. "Derecho Familiar Peruano". 5ta. Edición. Editorial Librería Studium S.A. Pág.127

la paternidad recobra una significación algo mayor, se atribuyen derechos al hijo con respecto a la madre no interesando si son dentro o fuera del matrimonio: la paternidad por si sola no tiene validez, lo que interesa es que se realice un acto voluntario *“Ilámese Justas Nuptiae, adopción, abrogación y posteriormente legitimación”*. El fundamento es que la maternidad es un hecho cierto, mientras que la paternidad no lo es *“Mater semper certa est etiam si vulgo conceperit; pater is est quem nuptiae demonstrant”*.

En la etapa cristiana, aparecen los orígenes de la pensión alimenticia y ciertos derechos sucesorios. Justiniano en su Novela, dispuso la posibilidad de que el padre natural disponga una doceava parte de la herencia a favor de sus hijos naturales, cuando también existen hijos legítimos. En ese mismo texto les define como *“el que es hijo de relaciones infames, incestuosas o prohibidas, no se llama hijo natural, no debe recibir alimento de su padre ni tener participación alguna en los beneficios de éste”*.

## 1.2. EL DERECHO CANÓNICO

Tiene la virtud de reivindicar el matrimonio, frente a la desprotección que este tenía en el derecho romano. En consecuencia, solamente reconoce al hijo natural el derecho a los alimentos. Frente a esta situación, otorga facilidades a la prueba de filiación natural. Subsisten entonces diferentes categorías de hijos, que pueden ser *legittime, naturali, spurii, incestuosi, nefarii y adulterini*.

Este derecho tiene la particularidad, que permite a la mujer seducida, exigir al seductor el casamiento o la adopción. Este régimen en algunas regiones como Bretaña, se torna aún mas duro, siendo las opciones matrimonio o muerte.



### 1.3. EL DERECHO MEDIOEVAL

Se mantiene básicamente dentro de los parámetros del derecho canónico. Pero es de destacar que es en esta época que se conocen los orígenes de la investigación de la paternidad natural, *“como medio tendiente a descargar a las comunas y parroquias de la pesada carga que tenían estas, de soportar la asistencia y el mantenimiento de los hijos naturales”*. El objetivo era que el padre mantuviera al hijo.

### 1.4. EL DERECHO FRANCÉS

El antiguo derecho francés, calificaba de *bastardos* a todos los nacidos fuera del matrimonio, pero es en este derecho donde tiene sus orígenes el reconocimiento, aunque se presentaba sin grandes formalidades. Con la Revolución Francesa, se otorga los mismos derechos hereditarios a todos los hijos, pero para probar la calidad de hijo legítimo, se hacía por reconocimiento o debe acreditar la posesión de estado, mediante documentos escritos o prueba del mantenimiento por parte del padre.

### 1.5. EL DERECHO ESPAÑOL

El Derecho español entiende por hijos naturales los que *“omes facen en las barraganas”*<sup>97</sup> (la que debía ser una sola y no virgen ni viuda honesta), con hombre soltero que al tiempo de la concepción pudiese casarse con ella.

Respecto de la filiación natural en el derecho comparado se pueden distinguir diferencias marcadas en las legislaciones, cuando la prueba o título de estado no surge del reconocimiento por, acto de voluntad expreso de los padres, sino de la prueba de hecho que puedan suministrar los hijos, de su filiación por declaración judicial.

<sup>97</sup> Termino que se utilizó en la antigua España, referido a aquellos hijos que no nacen en el casamiento según ley. *“Que dier decir fijo non legitimo e per que razione sin atales, e quantas maneras son dellos: naturales u non letigimos, llamaron los sabios aquellos fijos que non nancen de casamento segund ley, assi como facen en las barraganas ...”*

Algunas legislaciones, prohíben sistemáticamente la prueba de paternidad; otras, sin abandonar una prohibición de principio, la admiten en ciertos casos, más o menos numerosos; otros finalmente, la permiten ampliamente, con escasas restricciones la prueba de la paternidad.

Se habla de la prueba de paternidad, porque respecto de la maternidad en general todas las legislaciones sientan el principio de una amplia admisibilidad.

En que se basa esta diferencia, en que a la época de redacción de los Códigos la maternidad era un hecho de naturaleza cierto, susceptible de prueba material y directa; la paternidad en cambio era un hecho de naturaleza incierto, no existiendo en aquella época una prueba material y directa, lo único con lo que se contaba era con presunciones, dotadas de un grado de mayor o menor lógica y verosimilitud.

Esto dio lugar a dos grandes sistemas, los cuales se distinguen fundamentalmente en cuanto a la admisión de la investigación y en los efectos que una vez declarada la paternidad esta produce respecto de la filiación.

#### **1.6. EL SISTEMA GERMÁNICO**

También llamado de lazos de sangre, en el cual se admite libremente la filiación, y el sistema del tipo latino, donde se prohíbe o se restringen considerablemente la investigación de paternidad, permitiéndola en ciertos casos y mediante circunstancias taxativamente enunciadas. Respecto de los efectos, también se diferencian, cuanta mayor posibilidad de investigar menos efectos produce respecto de la filiación, generalmente, se limita a la obligación de alimentos; por el contrario en el sistema denominado latino o de familia, cuando se admite la investigación y ésta es declarada, se les confieren a los hijos naturales mayores derechos, incluyéndose por ejemplo los derechos sucesorios,

aunque en la mayoría de los casos estos no se daban en la misma proporción que respecto de los hijos legítimos.

En conclusión podemos anotar dos problemas que entendían los legisladores, uno muy real en aquella época que era la certeza de la paternidad, otro más espurio que tenía que ver con lo patrimonial, ya que debe recordarse que a diferencia de lo que ocurre hoy, que generalmente estamos frente a una civilización del trabajo, por lo cual los ingresos principales de los hogares están ligados a la profesión ejercida por los cónyuges, en aquel tiempo estaba basado en el patrimonio familiar, el patrimonio familiar era transmitido de generación en generación, que constituía el cimiento económico indispensable del grupo familiar para proteger y hacer vivir a sus miembros. Por lo que, se cuidaba de que ese patrimonio no fuera atacado o reducido por los *“bastardos”*.

Se dice que las razones de la prohibición eran:

- a) Protege la estabilidad y el decoro de la familia legítima,
- b) Contribuye al mantenimiento de orden social y las buenas costumbres y el prestigio del matrimonio,
- c) Gracias a ellas las mujeres se tornarán más reservadas y refrena a las que temperamentalmente son propensas a entregarse a los hombres,
- d) Cuando el matrimonio falta no hay signos materiales ni presunciones de la paternidad y se está frente a una real, absoluta e insuperable imposibilidad de probarla. Enseña PLANIOL que la verdadera razón que impone el rechazo de la acción de investigación de la paternidad natural, es la incertidumbre de la prueba,
- e) La imparcialidad de la madre en oportunidad de declarar sobre quién es el padre, es siempre dudosa,
- f) Permitir la investigación de la paternidad ilegítima importa favorecer los juicios escandalosos y los *“chantajes”*.



## 2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Como sabemos la comunidad internacional en el Derecho Internacional clásico, tenía centrada su atención sobre los Estados y las relaciones entre los mismos. Importándole muy poco la persona humana individual o las relaciones internas de los Estados en garantía de los derechos de la persona, mostrando apenas alguna preocupación por algunos grupos determinados, como los refugiados, prisioneros de guerra, la trata de personas y esclavos y ya entrando al siglo veinte por los trabajadores. Siendo que a partir de la segunda mitad del siglo, y a consecuencia de los resultados de la segunda guerra mundial se produce una transformación en la sociedad occidental, cambiando valores, dejando un poco el apego por lo patrimonial y viendo como algo realmente importante al hombre, en su individualidad, en sus derechos y su protección integral, lo cual se refleja en declaraciones, tratados, convenciones, y en general en normas internacionales así como organismos internacionales de protección, cuya finalidad es proteger los derechos humanos, y tratando de proteger aquellos más desprotegidos, mujeres, niños, discapacitados, discriminados sociales, etc., de estas convenciones y tratados rescataremos:

- a) La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ratificada por el Perú con fecha 9 de septiembre de 1980, que señala:

*Art. 1. “Los estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio de toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de razas, color, sexo, idioma, religión, opiniones públicas o de cualquier otra índole, origen nacional, social posición económica, NACIMIENTO, o cualquier otra condición social.”*

*Art. 17. “Protección de la Familia. Numeral quinto: La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.*

- b) El Protocolo de San Salvador ratificado por el Perú el 17 de mayo de 1995 por Ley, indica:

Art. 3: Obligaciones de no discriminación *“Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en el se enuncian, sin discriminación alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, NACIMIENTO, o cualquier otra condición social.”*

El Art. 16 que establece el derecho a la niñez establece: *“Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección de menor que por parte de su familia, de la sociedad, y del Estado. Todo niño tiene derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres....”*

- c) La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificado por el Perú. Sobre esta convención, se ha sostenido, en posición que compartimos que es algo más que un catálogo de derechos reconocidos por la Comunidad Internacional, se trata de un completo instrumento jurídico, que inserta la Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño como generalmente admitida y especialmente es un imperativo ético para los Estados. Las relaciones paterno filiales son previstas en los artículos 7, 8, 9 y 12 entre otros.

De esas normas vamos a destacar, por ser los que tienen relación con el tema que nos ocupa, lo legislado en los arts. 7 y 8.

El Art. 7, numeral 1, expresa: *“El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”*

Numeral 2, expresa.- *“Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera,...”*

El Art. 8, numeral 1.- *“Los estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su IDENTIDAD, incluidos la nacionalidad, el nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencia ilícitas...”*



De lo que venimos de transcribir, podemos rescatar los siguientes principios: el de no discriminación de los hijos por razón de su nacimiento en cuanto al derecho que se le asignan en las Convenciones, lo que se reitera en todos los instrumentos internacionales desde el año 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta la Convención sobre los Derechos del Niño, el concepto de no discriminación, de igualdad de derechos, independientemente de la filiación legítima o natural como dispone el art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica, son conceptos claros, que supuestamente todos tenemos incorporados, lo que aparece como “nuevo” es el DERECHO A LA IDENTIDAD, que aparece mencionado en el Art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño.

Con respecto a esto último, valga decir el derecho a la Identidad, vale la pena detenernos un poco, para ir ya introduciendo algunas ideas sobre el mismo, así vemos: Hay que tener en cuenta que hasta hace poco existía una patrimonialización del Derecho Civil, que tuvo su coronación en el Código de Napoleón y se caracterizó por contemplar a la persona como mero sujeto de titularidades, pero en estos tiempos se vuelve al punto de partida, reconociendo a la persona como primera realidad lógica e institucional del derecho.

De esta manera el derecho evoluciona en el sentido de calar más profundamente en la interioridad, en la plenitud de la persona, el valor de la persona consiste, por lo tanto en ser más que el mero existir, en tener dominio sobre la propia vida, y esta superación, este dominio, es la raíz de la dignidad de la persona.

Esto dio lugar a los Derechos de la Personalidad, los cuales contemplan la existencia de un catálogo abierto de derechos subjetivos, los que existen en forma independiente de su consagración legislativa expresa. Porque, la personalidad humana constituye un valor natural independiente de la vida social y de todo orden jurídico. La personalidad jurídica es, por otra parte, la traducción de dicho valor a términos jurídicos. Y en esta traducción o traslado a la esfera jurídica, si se trata de conseguir un



adecuado y concreto reconocimiento del valor constituido por la personalidad misma, no basta con atribuirle el carácter de mera aptitud jurídica, sino que es preciso la atribución de algunos derechos, especialmente cualificados, que son desarrollo concreto de aquella aptitud y constituyen los derechos esenciales de la persona.

Estos derechos tienen por objeto los bienes más elevados de todos los susceptibles de señorío jurídico y tienen para la persona mayor precio que cualquier otro Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO<sup>98</sup>, a quien se le reconoce que es quien más a profundizado el tema; define a este derecho como: La identidad de la persona, en tanto inescindible unidad psicosomática, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente físico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea ésta psicológica, espiritual, cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, perfilan el ser “uno mismo”, diferente a los demás, no obstante que todos los seres humanos son iguales.

En esto radica, al mismo tiempo, el gran misterio de la creación, ya que a pesar que todos los hombres son iguales, no existen dos personas idénticas, que compartan la misma biografía. Cada persona elabora su proyecto de vida, único, intransferible, cuya realización comporta la definición de una determinada personalidad. Todo ello le confiere al hombre una especial dignidad dentro de los seres de la naturaleza. La dignidad de ser “uno mismo”, una “cierta” persona. La autenticidad y la verdad son, en consecuencia, la base de la identidad real.

---

<sup>98</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la Identidad Personal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 113.

## CAPÍTULO III

### LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL DERECHO PERUANO

#### SUMILLA

1. EL DISCURRIR LEGISLATIVO DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. 2. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL NECESARIA PARA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. 2.1. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL. 2.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979. 2.3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993 .....

#### OBJETIVOS

1. Identificar la evolución legislativa de la investigación de paternidad a nivel de los códigos civiles, como derechos de la personalidad.
2. Identificar la evolución de las Constituciones de la investigación de la paternidad como parte del Derecho a la Identidad.

#### 1. EL DISCURRIR LEGISLATIVO DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Como antecedente más remoto, como dice CORNEJO CHÁVEZ<sup>99</sup>, podemos encontrarlo en el Derecho Español que regía las colonias, en él vemos que en una época se permitió la investigación judicial de la paternidad, ello a la par del Derecho Francés, periodo en el cual la investigación de la paternidad era libre, aunque es de notar que en aquella época los “bastardos” no heredaban; siendo que el derecho intermedio reaccionó contra esa liberalidad y prohibió prácticamente su investigación de la paternidad natural, como claramente se advierte en el *code*.

La legislación nacional peruana, siguió el denominado sistema latino, de base romanista, en efecto, nuestro Código Civil de 1852 se inspiró en el Código de Napoleón el que prohibía la investigación de la paternidad. Se siguió en mismo fundamento, es decir, cerrar la puerta a una

<sup>99</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, 5ta. Edición, Editorial Librería Studium S.A., pág.128-129.

muchedumbre de pleitos escandalosos, que un sabio jurisconsulto español ha llamado justamente *oprobio de la justicia y desolación de la sociedad*.

Dejando de lado todo prejuicio, sobre las malas mujeres e incautos hombres, o una equivocada manera de proteger la familia legítima, creemos que existía un real problema que era la certeza de la prueba de la paternidad, en aquella época no existían las pruebas científicas con las que contamos hoy, lo único con lo que se contaba era con la presunción más o menos fuerte de que determinado hombre fuese el padre de determinado niño.

Con el correr de los años, la prohibición cedió paso en la legislación francesa y fue la Ley del 16 de noviembre de 1912, que reformó el artículo 340 del Código de Napoleón derogando la prohibición y aceptando que se investigara la paternidad en una serie de casos. Cabe notar que ello fue producto de cambios anteriores en ese sentido en las legislaciones de España, Bélgica, Suiza, Holanda, Alemania en el continente Europeo al igual que la legislación Argentina en el nuestro.

Es en este nuevo marco, que la legislación civil de 1936, siguió la misma línea, permitiendo la investigación de la paternidad en supuestos concretos, que fueron los mismos del modificado código francés; así tenemos, el concubinato al tiempo de la concepción, el reconocimiento por escrito, la pequeña posesión notoria, el rapto, la violación, la seducción con abuso de autoridad, la promesa de matrimonio.

El Código Civil de 1984, en su versión original que estuvo vigente sin modificaciones hasta el año 1999, repitió los mismos presupuestos anteriores. La primera modificación se dio con la Ley 27048, del 07 de enero de 1999; con esta norma se incorporó a las pruebas genéticas el ADN como supuesto para permitir la investigación de la paternidad y declararla; a esa fecha no existía criterio uniforme en la jurisprudencia sobre cómo debían valorarse las pruebas biológicas en los procesos de



filiación. La ley mencionada adicionó un sexto supuesto para la declaración judicial de paternidad y, en adelante, el artículo 402 del Código Civil peruano contempla que:

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
6. La acreditación de vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

La segunda modificación legal en el sistema de paternidad extramatrimonial se produjo con la Ley 28457, del 8 de enero de 2005, que creó un mecanismo procesal especial para la tramitación de los juicios de reclamación de paternidad extramatrimonial amparados en pruebas biológicas (inciso 6 del artículo 402) y determinó que la negativa a practicárselas constituye prueba suficiente para la declaración de la paternidad; modificación sustancial que será motivo de tratamiento especial en el capítulo siguiente.

## **2. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL NECESARIA PARA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

### **2.1. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL**

Es la familia la pequeña parte que conformará la gran sociedad, debido a esto los niños y la familia siempre han sido objeto de protección por parte del derecho, es por ello que nuestra norma de mayor jerarquía debía regular esta protección.

La Constitución de 1919, no establece regulación alguna referida a la protección de la familia y la situación de los menores, y es que en ese entonces, la codificación, sobre todo civil, era la que prevalecía y se entendía que ella contenía el íntegro de normas, y sólo hace referencia al hecho que son peruanos de nacimiento los hijos reconocidos voluntariamente por sus padres.

El tratamiento Constitucional de los hijos ha sido materia tratada a partir de la Constitución de 1933 la que en su numeral 52 establece que es deber primordial del Estado la defensa de la salud física y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar.

Es en la Constitución de 1979, donde claramente se establece el tratamiento igualitario de los hijos, situación que fue plasmada en la Constitución de 1993.

La protección de la familia ha adquirido mayor importancia aún cuando todavía sigue en vigencia el Libro de Familia dentro del Código Civil.

### **2.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979**

De acuerdo a lo referido en la presente constitución se consagra la protección a los hijos de la siguiente manera:

*Artículo 6. “Todos los hijos tienen iguales derechos, está prohibida toda mención sobre el Estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los Registros Civiles y en cualquier documento de identidad”.*

La variación que establece esta constitución en relación a su antecesora (la Constitución de 1933), fue un avance importante en el hecho que prohíbe toda distinción entre los hijos, sin embargo el Código Civil no iba acorde con esta normatividad puesto que establecía la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos, teniendo en cuenta que recién en el año de 1984 entra en vigencia el nuevo Código Civil.

El Principio de Igualdad entre los hijos fue establecido y a partir de allí ha regido a todo el derecho nacional. También se debe indicar que este principio se encontraba acorde con la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece:

*Artículo 25, numeral 2: "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social"*

Observamos que con mucho acierto nuestra Constitución de 1979, asumió este principio universal de la no discriminación teniendo en cuenta que los menores no deben sufrir las consecuencias de los actos personales de sus padres.

Igualmente La Convención Americana sobre los Derechos Humanos dice acerca del tema:

*Artículo 17: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”*

Y apoyando este proceso de disminuir la discriminación consideramos muy acertada la prohibición establecida a mencionar el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación en los Registros Civiles y en cualquier otro documento de identidad es razonable desde esta



perspectiva, pues conduce a que los registros sociales no den razón acerca de la filiación de los menores y así las personas no sean discriminadas por este concepto.

### 2.3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

La presente Constitución continúa con la misma posición respecto al principio consagrado por la Constitución de 1979 en el sentido de dar igualdad en el tratamiento de los hijos o importando si estos son matrimoniales o extramatrimoniales, basados en los mismos fundamentos que la anterior Constitución.

Pero no podemos obviar que los codificadores de 1984, no asumieron dichos principios, puesto que aún se mantiene la diferenciación de los hijos en matrimoniales y extramatrimoniales. Si bien es cierto que dicha diferenciación no conlleva una limitación exagerada de derechos, se mantiene la figura jurídica del hijo alimentista que es igual a decir hijo ilegítimo que no ha comprobado su filiación.

Los hijos no deben cargar sobre sus hombros la responsabilidad o irresponsabilidad de los padres. Mal se podría hacer si nuestra actitud es la contraria, sobre todo teniendo en cuenta la función protectora del derecho.

---

## CAPÍTULO IV

### SISTEMA DUAL DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD

#### SUMILLA

1. INTRODUCCIÓN DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS. 2. PROCESO ESPECIAL PARA LA INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD. 3. ANÁLISIS DEL SISTEMA PROCESAL PERUANO DE BÚSQUEDA DE LA PATERNIDAD. 3.1. ASPECTOS PROCESALES. 3.1.1. Sistema Cerrado basado en Presunciones. 3.1.2. Sistema Abierto basado en Pruebas Biológicas.....

#### OBJETIVOS

1. Identificar el Sistema Peruano de la Investigación de la Paternidad.
2. Apreciar la dualidad existente y las motivaciones legislativas.
3. Advertir las deficiencias de la coexistencia de sistemas disímiles.

#### 1. INTRODUCCIÓN DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

Concluyendo con el estudio de los antecedentes ya antes iniciado y para proceder al análisis concreto de la situación actual que constituye la finalidad de este trabajo, vemos que, dentro del avance legislativo del Sistema Peruano de Investigación de la Paternidad, notamos la existencia de dos modificaciones introducidas al Código Civil de 1984, modificaciones trascendentales que no sólo pusieron a nuestro país acorde con los requerimientos de la normatividad internacional, necesarios para la protección integral de la persona, de la familia y específicamente de los hijos, sino que también al alcance efectivo de las nuevas tecnologías o biotecnologías, que se fueron introduciendo en las diversas legislaciones desde los años setenta.

Conviene detenernos un poco para analizar las mismas. En principio un primer cambio fue la promulgación de la ley 27048, (publicada el 6 de enero de 1999), la cual introdujo reformas en diversos artículos de nuestro Código Civil referidos a la declaración de paternidad, maternidad y

filiación, admitía ya la prueba de ADN y otras de validez científica de igual o mayor grado de certeza, estableciendo la potestad del juez de declarar la paternidad extramatrimonial o al hijo como alimentista luego de evaluar la negativa a someterse a la prueba referida, en conjunción con el resto de pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado (inciso 6, artículo 402°).

Se sustentaba este cambio en la evidente dificultad que enfrentaban los peticionantes para conseguir el reconocimiento de su paternidad ante los fueros judiciales correspondientes, lo cual era causado en gran medida por la dificultad de circunscribir sus afirmaciones en los supuestos presuncionales del artículo 402 del Código Civil, sobre todo la materia probatoria requerida para ello y la valoración estricta de los juzgadores ante la presencia de la figura del Hijo Alimentista, que correspondía a una presunción o probabilidad menor.

## **2. PROCESO ESPECIAL PARA LA INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD**

No obstante el primer cambio 6 años después, se expidió la Ley 28457 (enero del 2005), la misma que creó una regulación propia de un proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, o más propiamente de “declaración”. Es de hacer notar que en esta última modificación también fue producto de la formación de una comisión especial para la reforma de la justicia denominado como “Comisión Integral para la Reforma de Justicia - CERIAJUS”, compuesta por representantes de los tres Poderes del Estado, el Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, la Sociedad Civil, entre otros, órgano que a través de su Grupo de Trabajo Temático Sobre Modificaciones Puntuales de Códigos, emitió su informe final, en el cual proponía entre otros temas de modificaciones sustanciales en cuanto al tema de la Filiación Extra-matrimonial, indicando que la propuesta procuraba enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país. Casi un millón y medio de personas tienen directa o indirectamente problemas de



filiación extramatrimonial. Por lo que, con la idea de contar con un procedimiento propio que respetando los derechos de los involucrados, pero utilizando medios coercitivos y eficaces, permita alcanzar justicia de manera oportuna, propuso la creación de un proceso especialísimo.

Haciendo un eco a esta propuesta, y aún más a la necesidad ya advertida de nuevos cambios en este tema; es que en el Congreso de la República, se encontraron en estudio dieciséis proyectos de ley, dirigidos en general, en ese sentido, los cuales concluyeron en la promulgación de esta segunda modificación.

Es necesario hacer presente la sustentación que advirtieron los legisladores, así vemos que advirtieron que si bien, se reconocía un gran avance en la solución del problema de la determinación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales, con la dación de la ley 27048, que introdujo de manera definitiva la prueba de ADN como un elemento probatorio. Sin embargo, aún con las modificaciones anotadas se presentaban ciertos vacíos que consideraban incumplían todavía los objetivos que se plantearon al ejecutarse la primera variación normativa e incluso existían elementos nuevos que implicaban distorsiones.

Es por ello que con la segunda modificación, lo que buscaban era eliminar cualquier elemento discrecional que el juez tenga al momento de decidir una causa en la que se haya obtenido una prueba de ADN; es decir, erradicar cualquier sustento legal o técnico que otorgue al juez alguna posibilidad de cuestionar la prueba obtenida, máxime si la misma responde a cuestiones genéticas.

Procesalmente pretendieron desincentivar conductas fraudulentas o irresponsables al sancionar la doble inconcurrencia a la citación de realización de la prueba de ADN. En la misma línea procesal se advirtió que la competencia y la vía procesal no eran lo más adecuadas, pues, el proceso de conocimiento, en el cual se tramitaban estos procesos, era el más lato y prolongado de todos los existentes en nuestro ordenamiento

procesal, por lo que un alto número de personas no inician el proceso por el excesivo tiempo de su tratamiento y el alto costo económico que la mayoría de litigantes de estas acciones no pueden cubrir; o en su caso provocan el abandono de los mismos.

Es de hacer notar que también se advirtió, que la finalidad además sería la búsqueda de recuperar la puridad de la pretensión del proceso judicial que sea por la declaración judicial y no la declaración del peticionante como hijo alimentista, lo mismo que otros proponían ya la derogatoria de esta figura por haber cumplido su finalidad, no siendo necesaria ante la evidencia de las pruebas para encaminar los procesos a la declaración de paternidad, modificación esta última que no se logró.

Como conclusión de estas modificaciones, es que tenemos la legislación vigente, que si bien significa un cambio rotundo del tratamiento legislativo para la protección del menor no reconocido, aún encontramos ciertos elementos que distorsionan los mismos que conviene analizar, pues, en la línea de ideas que los motivaron, correspondía la erradicación de las presunciones, su proceso probatorio y de la figura jurídica del Hijo Alimentista.

### **3. ANÁLISIS DEL SISTEMA PROCESAL PERUANO DE BÚSQUEDA DE LA PATERNIDAD**

Con las modificaciones legales introducidas en los últimos años, como hemos visto, el Sistema Peruano de Investigación de la Paternidad Extramatrimonial, resultó siendo uno de tipo mixto por yuxtaposición, así vemos, que los incisos 1 al 5 pertenecen a un Sistema Cerrado de Investigación de la Paternidad y el inciso 6 es propio de un Sistema Abierto de Investigación de la Paternidad.

### 3.1. ASPECTOS PROCESALES

#### 3.1.1. Sistema Cerrado Basado en Presunciones

##### a) Del Proceso

Conforme a la redacción original del Código Civil, concordante con el Código Procesal Civil, el proceso de Filiación Extramatrimonial, al no tener una vía específica, la que le correspondería es la vía del Proceso de Conocimiento, de conformidad con el inciso primero del artículo 475 del Código adjetivo; es decir, la vía procesal más lata con que cuenta nuestro sistema procesal, donde se podrán desarrollar todas las etapas procesales, interponer los medios de defensa y la posibilidad de ofrecer y actuar una variedad de medios probatorios.

##### b) Juez Competente

En cuanto a la competencia, podemos advertir que el artículo 402 de Código Civil que trata sobre la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial, se encuentra en el Capítulo II del Título II de la Sección Tercera denominada como Sociedad Paterno Filial, si esto es así, conforme al acápite b) del artículo 53 de la Ley Orgánica Del Poder Judicial, modificado por la segunda disposición transitoria de la Ley 28457, son competentes para conocer las pretensiones concernientes a la Sociedad Paterno Filial, los juzgados de Familia; con excepción del inciso 6 del artículo 402. Es decir, contrario sensu, la competencia se restringe a las primeras cinco causales del artículo 402 del C.C. conforme así también lo advertimos concordando ello con el inciso 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su nuevo texto. Por otro lado, el artículo 408 del C.C., señala que la acción puede ejercitarse ante el domicilio del demandado o del demandante.



Al asumir competencia los jueces especializados de familia, los recursos de apelación serán elevados a las Salas Superiores respectivas y en su caso, serán materia de Recurso de Casación por ante la Corte Suprema de Justicia.

### **c) De la Titularidad**

#### ***c.1. Titularidad Activa***

Del tenor del artículo 407 del Código Civil, podemos advertir claramente que el titular de la acción es el hijo; es decir, se trata de una acción personal, pues, como indica CORNEJO CHÁVEZ<sup>100</sup>, se supone, que nadie más interesado que él mismo para buscar el emplazamiento de su estado, por lo que ninguna otra persona, aún teniendo interés económico o moral, está autorizado para interponerla. El mismo artículo provee que es la madre quien tiene la facultad de plantear la demanda en representación de su hijo durante su minoría de edad, siendo el sustento el ejercicio de la patria potestad (inciso 6, Art. 423), en caso de ausencia de madre o que esta se halle desprovista de la patria potestad, correspondería la misma al tutor o curador, en su caso, y previa autorización del consejo de familia.

Los herederos del hijo carecen de titularidad alguna, sin embargo podrían continuar la acción promovida por el titular.

#### ***c.2. Titularidad Pasiva***

Por su parte es el artículo 406, que otorga la titularidad pasiva al presunto padre, y en caso de fallecimiento de éste, la acción deberá ser dirigida contra sus herederos, bien testamentarios o declarados judicialmente, o notarialmente.

---

<sup>100</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, 5ta. Edición, Editorial Librería Studium S.A, pág.128.

### 3.1.2. Sistema abierto basado en pruebas biológicas

#### a) Del proceso

Con las modificaciones introducidas, se ha creado un proceso especial, *ex-code*, y si bien el tratadista Enrique VARSI, lo señala como un proceso *sui generis*, producto peruano, advertimos que se identifica con los procesos monitorios<sup>101</sup>, que si bien se aplican normalmente para aspectos patrimoniales por la contundencia de la prueba, en este caso fue la elección del legislador, seguramente por la contundencia de la pericia.

El trámite otorgado a este proceso, es como sigue: interpuesta la demanda se expide una resolución declarando la filiación demandada. Si luego de 10 días de estar válidamente notificado el demandado no formula oposición, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad. El caso de haber oposición, se suspende el mandato si el demandado se somete a la prueba de ADN dentro de 10 días, siendo el costo asumido por la demandante, quien puede solicitar acogerse al auxilio judicial de conformidad al artículo 179 del Código Procesal Civil. Si el demandado no se somete a realizarse la prueba por motivo injustificado, la oposición se declarará improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

En caso que la prueba diera un resultado negativo, la oposición se declarará fundada y la demandante será condenada al pago de costas y costos del proceso, de lo contrario, si el resultado es positivo la oposición se declarará infundada y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad, siendo condenado el demandado, al pago de costas y costos del proceso.

---

<sup>101</sup> ¿Qué es proceso monitorio? El proceso monitorio es un procedimiento de enjuiciamiento especial que se establece para la resolución rápida de juicios en los que no existe contradicción. [es.wikipedia.org/wiki/proceso\\_monitorio](https://es.wikipedia.org/wiki/proceso_monitorio).

En cuanto a la doble instancia, se ha establecido que la declaración judicial de filiación podrá ser apelada en un plazo de 3 días, siendo resuelta por el juez de familia en un plazo no mayor de 10 días.

## **b) De la competencia**

Con la nueva normatividad el legislador optó por otorgar la competencia a los juzgados de paz letrado, conforme se establece en el artículo primero de la Ley 28457, concordante también con la primera disposición complementaria de la misma norma, que al modificar el numeral 8 del artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispuso que las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, corresponde a los juzgados de paz.

El Dr. VARSI atribuye esta opción legislativa por el hecho de que no existe mayor complejidad en la probanza en el nuevo proceso y la justicia de paz es más accesible a los justiciables, por razones geográficas, sociales e ideológicas.

## **c) De la Titularidad**

### ***c.1. Legitimidad Activa***

Como vimos la regla general, que consta en el Código Civil, es que la acción de filiación, se trata de un derecho personal, a tenor del artículo 407 del Código Civil. La nueva ley permite a “quien tenga legítimo interés” poder accionar en paternidad a favor de un tercero.

El Dr. VARSI, encuentra sustento a esta modificación en que se toma en cuenta el interés moral o familiar (Art. VI del Título Preliminar del Código Civil) para iniciar la acción, y si bien reconoce que podrá aludirse que ello implica una intromisión en la intimidad de la persona al decidir en su nombre, y por ella, investigar su esencia filial pero, tratándose de una acción iniciada en defensa de los intereses del



menor puede ser justificable, amparable en el sentido de que sus efectos repercutirán tanto en el aspecto personal y colectivo.

Nosotros creemos que este cambio, tiene sustento constitucional, así vemos, que el influjo de la Constitución de 1979 en cuanto al sistema constitucional de filiación, sobre el Código Civil de 1984, privilegió no sólo el principio *favor legitimitatis*; es decir, a favor de las parejas estables institucionalizadas por el matrimonio, sino que también privilegió el derecho a la intimidad de los progenitores antes que el derecho de los hijos a conocer a sus progenitores (Art. 2.5 de la Const.), por lo que en el establecimiento de la filiación sólo concurrían intereses privados. Con el nuevo marco constitucional, valga decir la Constitución de 1979 y a la par de las normas internacionales, sobre todo la Convención de los Derechos del Niño, se reconoció el interés superior del niño y la Identidad, o el Derecho a la Identidad, como Derechos Fundamentales, dándole la doctrina, a este último, un contenido amplio, como hemos visto, siendo así, se puede considerar la modificación materia de tratamiento como una acción positiva del Estado, al igual que conceptualizar la familia de un modo más amplio, considerándola como una sola, independiente de su origen matrimonial o extramatrimonial, relativizando por ello el principio *favor legitimitatis*. Todo ello nos conduce a la existencia de un interés público la investigación de la paternidad, por lo que se justifica que quien tenga interés legítimo pueda iniciar la acción.

### ***c.2. Legitimidad pasiva***

Con respecto a ello, creemos necesario realizar algunas precisiones, así vemos: Al respecto es el artículo 406 del Código Civil, que establece la legitimidad pasiva en el padre, o presunto padre o contra sus herederos si hubiese muerto. Ahora, de conformidad con la Ley 28457, en su artículo señala que *si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haberse notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración de paternidad*; en tal sentido,

puede apreciarse que está dentro de la esfera de la voluntad la prerrogativa de oponerse o no hacerlo y no cabe duda que el padre, válidamente puede optar por una u otra vía, oponerse o no, o someterse a la prueba o no. Sin embargo, ante la ausencia de él, estará dentro de la esfera de la voluntad de los herederos las mismas opciones; más aún la norma en mención (ley 28457) establece que la prueba de ADN será realizada, con muestras del padre, la madre y el hijo, no poniéndose en el caso de la ausencia del padre o la madre en su caso.

Nosotros creemos que no se puede interpretar el derecho en forma aislada, sino más hacer una interpretación sistematiza, es decir concordando ambas normas, valga decir lo establecido en el Código Civil y las disposiciones procesales de la Ley 29457; así vemos, que en base a la primera la legitimidad pasiva la tienen el padre y ante la ausencia sus herederos; es decir, son estos últimos que en su caso, deberán ser los emplazados y quienes legitimados debidamente a tenor del artículo 660 del Código Civil, en ejercicio ya de su derecho podrían a su voluntad oponerse o dejar de hacerlo u optar por someterse a la prueba genética, tan igual como el causante, y si bien, procesalmente se establece que la misma se realizará con muestras del padre, hijo y madre, en este caso, la norma procesal se deberá interpretar en el sentido de que ha habido una sucesión de derechos, deberes del causante y el sujeto pasivo a tenor del artículo 406 son ahora los herederos.

## CAPITULO V

### ALTERNATIVAS A LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD -- HIJO ALIMENTISTA --

#### SUMILLA

1. HIJO ALIMENTISTA EN LA CODIFICACIÓN CIVIL PERUANA. 1.1. REFERENCIA HISTÓRICA. 1.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. 1.3. DEFINICIÓN DE HIJO ALIMENTISTA. 1.4. LOS HIJOS ALIMENTISTAS COMO HIJOS NO RECONOCIDOS . 1.5. EFECTOS JURÍDICOS. 1.6. EXTINCIÓN.....

#### OBJETIVOS

1. Conocer la figura del Hijo Alimentista dentro del marco de las presunciones para la investigación de la paternidad.
2. Apreciar su contenido, finalidad y características propias.
3. Identificar la figura de hijo alimentista como una alternativa a la necesidad de otorgar una protección al menos ante el sistema de presunciones.

### 1. HIJO ALIMENTISTA EN LA CODIFICACIÓN CIVIL PERUANA

#### 1.1. REFERENCIA HISTÓRICA

Como casi siempre, una visión histórica importante es la que encontramos en el Derecho Romano<sup>102</sup>.

En un primer momento, durante la Época Arcaica y gran parte del período clásico, la familia romana es una institución más social que jurídica, en la que cabe destacar el poder casi absoluto del *pater familias* (a través de la de la figura de la *manus*, o *potestas*), En etapas posteriores del Derecho Romano fue variando el concepto de familia para acercarse más a lo que nosotros conocemos hoy por familia, ello como resultado del paso de la familia *agnaticia* a la familia *cognaticia*, donde la patria potestad que comienza como un poder despótico

<sup>102</sup> Las ideas citadas corresponden a la obra de IGLESIAS, *Derecho Romano: historia e instituciones*, 11.a ed., Barcelona, 1994, p. 466 y siguientes y Cfr. PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, *Historia del Derecho español*, vol. II, Madrid, 1999, pág. 674 y ss.



concebido en provecho del que la ejerce termina considerándose como una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a ella.

En cuanto al origen del deber de alimentar a los parientes, no aparece configurado como tal hasta después de comenzar la era cristiana, así vemos que el *Digesto* refiere la existencia de la obligación de los parientes consanguíneos en la línea recta ascendente o descendente a darse alimentos recíprocamente; y es hasta varios siglos después, en época de Justiniano que la obligación no se hace extensiva a los cónyuges.

Con respecto al proceso para tutelar el derecho del alimentista a recibir los alimentos de los parientes obligados, se puede deducir que era la *extraordinaria cognitio*, procedimiento que se fue desarrollando desde la época clásica produciéndose su “Estatización” situándose en el Derecho Público, el que procede sin necesidad de que las partes decidan someterse voluntariamente y mediante la *litis contestatio* a la decisión de un tercero; se establece que “si alguno de éstos se negare a dar alimentos, se señalarán los alimentos con arreglo a sus facultades; pero si no se prestasen, se le obligará a dar cumplimiento a la sentencia tomándole prendas y vendiéndolas”. Quizá sea éste el antecedente de la ejecución provisional *ope legis* de las sentencias en materia de alimentos, que recogen tanto las *Partidas* como las Leyes de Enjuiciamiento Civil Español y derivan en nuestra legislación.

El procedimiento conforme al que se tramitaban estas peticiones tenía carácter *sumario* lo que responde principalmente, al propósito de lograr una mayor rapidez con una tutela jurisdiccional de la obligación alimenticia, y cuya característica principal es que prevé que los jueces puedan pronunciarse sobre el derecho a percibir los alimentos con independencia de que el parentesco haya quedado plenamente acreditado. Es más, en caso de que se discuta el estado civil —la condición de hijo o padre—, el juez debe pronunciarse sobre este punto

de manera sumaria o “superficial”, sobre la base de indicios o apariencias: *“si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat vel filius neget parentem, summatim iudices oportet super ea re cognoscere si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec decernent alimenta”*<sup>103</sup>.

No es necesaria la prueba plena del parentesco, aun en el caso de que sea negado por el alimentante, porque el juicio de alimentos no prejuzga la verdad de la filiación, que podrá debatirse después en un juicio posterior, la sentencia no es de que sea hijo, sino de que debe recibir alimentos. Es decir, no existe ningún obstáculo para atacar —en un proceso posterior— la implícita atribución de paternidad en que se ha fundado la decisión de otorgar los alimentos.

El juicio de alimentos se configura así, porque la materia objeto de tutela requiere una pronta satisfacción.

## 1.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

De evaluación de la filiación, ya antes expuesta, podemos advertir que si bien en nuestro primer Código Civil, observábamos el Principio de Jerarquía de la filiación, que la configuraba de manera discriminatoria, prohibiendo la investigación de la paternidad, permitiendo que sólo los hijos naturales podían ser legitimados por el matrimonio. Siendo que la protección a los demás hijos sólo alcanzaba al aspecto alimentario, es decir nos referimos a los hijos adulterinos e incestuosos, quienes podían reclamar alimentos del padre o presunto padre, sólo hasta la edad los veintiún años.

Con respecto al Código de 1936 y el vigente, apreciamos una evolución con respecto a la filiación referida a la búsqueda de la paternidad del hijo

<sup>103</sup> «Si el padre negase que aquél sea su hijo, y por lo mismo sostuviese que no debe alimentarlo, o si el hijo negara que aquél fuese su padre, conviene que los jueces conozcan sumariamente de este asunto; y si constare que aquél era su hijo o su padre, entonces mandarán que se le den alimentos, pero si no constare, no decretarán los alimentos» (traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *vid. Cuerpo del Derecho Civil...*, *op. cit.*, pág. 216-217).

extramatrimonial, lo regula como un Sistema Permisivo Cerrado, con la existencia de presunciones, en un primer momento, donde incorpora la figura del Hijo Alimentista, para los casos en los que no se pueda probar la paternidad con las referidas presunciones, pero existía una probabilidad de que fuese el padre, todo ello con la finalidad de tutelar el derecho de esos menores no reconocidos.

Es de advertir que esta Figura Jurídica se respaldó para tutelar el derecho alimentario ante la imposibilidad de probar la paternidad con las presunciones, aún subsiste, no obstante que con la incorporación de las pruebas biológicas para la determinación de la paternidad y el nuevo proceso filiatorio introducidas por las leyes 27048 y 28457, la certeza de la paternidad es inminente.

### 1.3. DEFINICIÓN DE HIJO ALIMENTISTA

Con respecto a esta figura propia de nuestro sistema en primer lugar debemos indicar que su denominación es un término confuso y poco acertado, que es contraria a la Constitución, por la diferencia que establecería entre los hijos; sin embargo, de su análisis en realidad se advierte que constituye una denominación equívoca, pues parte del error de denominar “hijo” a quien no lo es, pues, como hemos venido estudiando sólo la filiación y con ello la condición de hijo se adquiere por Determinación Voluntaria (Art. 360 C.C.), por Determinación Legal (Art. 361 y 362 del C.C.) o por Determinación Judicial (Art. 402 del C.C.); por lo que si tenemos que darle una denominación correcta, como opinan los doctores Varsi Rospigliosi y Miranda Canales, de lo que se trata es de un “acreedor alimentario”.

La razón de esta figura regulada en el artículo 415 del Código Civil, como señala BENJAMIN LLANOS<sup>104</sup> *“...estaba dada por lo riguroso y limitado del artículo 402 sobre investigación de la paternidad, que dejaba*

---

<sup>104</sup> BENJAMIN LLANOS. La Familia en el código Civil Peruano. Ediciones Legales. Segunda Edición. Lima. Pág. 291



*sin posibilidad de filiación a muchos hijos, pues su concepción no se adecuaba a ninguno de los supuestos del citado artículo, siendo estos casos a los que el legislador, en una suerte consuelo, dice: ya que no les doy filiación, por lo menos les doy alimentos.”*

En el mismo sentido PERALTA ANDÍA<sup>105</sup>, señala que la regulación normativa ha sido superada por la realidad, ya que existen numerosos casos no cogidos por la ley y que tampoco encajan en los supuestos normativos de la presunciones reguladas, señalando como ejemplo la empleada del hogar vejada y preñada por el patrón o por los hijos de éste, la mujer que accedió al trato sexual bajo la promesa de matrimonio, el de la enamoraba embarazada y abandonada por el presunto padre, las relaciones sexuales que mantiene el casado con su amante; siendo por esas razones que se ha planteado la necesidad de crear la figura del hijo alimentista.

En general como bien indica el CORNEJO CHÁVEZ<sup>106</sup>, el fundamento es meramente humanitario, puesto que el Estado no puede desentender la necesidad en que se encuentre el hijo, las que alguien tiene que satisfacerlas; es decir, la vocación alimentaria del Hijo Alimentista, se funda en el derecho a la vida que tiene todo ser humano por el hecho de serlo, añade “ *Alguien ha de proveer, pues, a la subsistencia de ese hijo sin padres, de ese ser privado de status familiae y de amparo de la Patria Potestad; y ese alguien, allí donde no es el Estado mismo –por no permitirlo su organización socio política o sus recursos-, no puede ser otro que aquel a quien, no con certeza y ni siquiera con vehemente verosimilitud o probabilidad, más si con razonable posibilidad, puede reputarse como su progenitor.*”

De una u otra forma, advertimos que fuera de los casos taxativamente establecidos para el reconocimiento de la paternidad, o cuando los

---

<sup>105</sup> PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho de Familia en el Código Civil. 3ra. Edición Ideosa- Lima-Perú 2002. Pág. 453

<sup>106</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo II sociedad Paterno Filial, amparo Familiar del Incapaz. Librería Studium Editores. Lima-Perú.- Pág. 166- 155

mismos no pueden probarlos o aún, cuando no existe la voluntad de accionar, la madre puede acceder a esta figura jurídica, que advertimos, estaba plenamente justificada por sentido humanitario con el menor ante la necesidad alimentaria; pero en nuestros días, corresponde revisarla, puesto que la certeza de la filiación, ya se puede lograr, la posibilidad procesal esta otorgada y con el desarrollo constitucional de los derechos del menor, el no buscar la paternidad le ocasiona daños, que es necesario evitar.

Nuestra legislación, regula al Hijo Alimentista estableciendo, a través del artículo 415 del Código Civil, que el hijo extramatrimonial no reconocido sólo puede reclamar alimentos de quien mantuvo relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción, la misma que se extiende hasta los 18 años de edad, salvo que éste tuviera incapacidad física o mental.

Al respecto el artículo 415 destaca las siguientes características:

- a) Consagra una presunción de paternidad que puede ser impugnada por el padre;
- b) El derecho establecido no puede hacerse valer contra los ascendientes o descendientes de la línea paterna;
- c) Exige que se acrediten las relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción;
- d) La sentencia que fija los alimentos no constituye prueba de filiación;
- e) Permite la aplicación de pruebas biológicas para descartar la paternidad.

La acción es de tipo personal, pero puede ser ejercitada por la madre y se dirige contra el presunto padre.

#### 1.4. LOS HIJOS ALIMENTISTAS COMO HIJOS NO RECONOCIDOS

Nuestra Constitución Política, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que toda persona, tiene derecho a su identidad y a tener un nombre. El Código Civil de 1984 y el Código de los Niños y Adolescentes -Ley N° 27337- señalan que el nombre es un deber, pero también un derecho subjetivo extrapatrimonial y, asimismo, es una manifestación del derecho a la identidad.

Por su parte, observamos que la Constitución Política en concordancia con el Código Civil de 1984 y el Código de los Niños y Adolescentes establecen la obligación de los padres a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores, consagrando el derecho de reclamar la filiación, siendo esta acción imprescriptible.

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento legal, mediante Ley N° 27048 ha recogido la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, admitiéndolas para los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad, acción de filiación y declaración judicial de paternidad o maternidad extramatrimonial, fue necesario el perfeccionamiento de la norma con el fin de dar efectividad a la norma, respecto al apercibimiento para el supuesto de una negativa injustificada a someterse a estas pruebas, creando para mayor eficacia un proceso especial y sumarísimo. Sin la existencia de este apercibimiento se deja enteramente sin virtualidad la norma misma, se la priva, por tanto de eficacia y se destruye su propia razón de ser.

El apercibimiento dispuesto, como veremos más adelante se fundamenta en la conducta rebelde del presunto padre o madre y en la superioridad del interés social que tiende a la protección del niño y de la familia, consagrado en la Constitución Política del Perú y en el Código de los Niños y Adolescentes. Además, soluciona el problema



relativo a la forma de compeler al presunto padre o madre a someterse a la prueba.

### 1.5. EFECTOS JURÍDICOS

Dentro de los principales efectos jurídicos que genera la condición de hijo alimentista se pueden señalar:

- a) Derecho a una pensión alimentaria, este derecho puede ser reclamado hasta los 18 años, sin embargo dicha pensión continúa vigente si el hijo referido no puede subsistir por incapacidad física o mental.
- b) Impedimento para contraer matrimonio debido a que existe la presunción que el alimentista es hijo del presunto padre, al haber mantenido relaciones sexuales con su madre, con la finalidad de evitar matrimonios incestuosos.
- c) Limitación de obligación alimentaria entre padre e hijo alimentista: no se extiende a los ascendientes o descendientes en línea paterna.
- d) Gravamen sobre la porción disponible hasta donde fuera necesario para cumplirla.

### 1.6. EXTINCIÓN

El derecho alimentario del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado por sus padres se extingue por las siguientes causales:

- a) Por llegar el alimentista a la edad de 18 años, salvo que se encontrara en incapacidad física o mental.
- b) Por muerte del obligado o alimentante, si muere recibirá pensión por un monto no mayor al que le hubiere correspondido de haber sido reconocido o declarado.
- c) Por muerte del alimentista.

## CAPÍTULO VI

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL ANTE LA INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD

#### SUMILLA

1. INTRODUCCIÓN. 2. FUNDAMENTOS PARA LA REPARACIÓN. 2.1. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 2.1.1. Antijuricidad. 2.1.2. Daño. 2.1.3. Relación de causalidad. 3. LAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD. 4. LA RESPONSABILIDAD DE LA MADRE POR NO ACCIONAR.....

#### OBJETIVOS

1. Advertir la posibilidad de la existencia de responsabilidad ante el no reconocimiento del hijo.
2. Identificar la existencia de los presupuestos de la Responsabilidad Civil.
3. Reflexionar sobre la posible responsabilidad de la madre por no iniciar las acciones de investigación de la paternidad en tutela de su hijo.

#### I. INTRODUCCIÓN

Si bien este tema es novedoso en nuestra legislación y en la actualidad no se advierte su incidencia en los tribunales de justicia, sin embargo, sería materia de toda una investigación; por lo que por ahora hemos considerado necesario tocarlo de modo muy sucinto meramente como una propuesta, pues, va en el sentido de la protección integral derecho a la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido, materia de esta investigación, así vemos:

- La existencia de una familia patriarcal ha llevado a que durante años se privilegiara la estructura familiar jerarquizada, lo cual hacía impensable la aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil en el seno de la familia.

- Si bien todo el Derecho Privado ha evolucionado en estos últimos años, el Derecho de Familia es uno de los que particularmente ha sufrido más transformaciones, derivado en principio en gran medida por la evolución de las costumbres y del cambio de las reglas morales, pero sobre todo de la prevalencia del interés familiar que encuentra hoy su respaldo incuestionable a través de la consagración con jerarquía constitucional de normas contenidas en múltiples tratados internacionales ratificados por nuestro país que se plasma en el reconocimiento del derecho a la Identidad, derecho que abarca la necesidad insoslayable de un vínculo paterno y materno. En este sentido uno de los cambios más importantes, es la evolución de una **Estructura Familiar Jerarquizada** basada en el dominio del *paters familias* a una **Estructura Familiar Igualitaria**, en la cual la mujer y el marido se encuentran colocados en una posición igualitaria tanto en el gobierno de la familia como en la contribución a su sostenimiento, donde los derechos y obligaciones y las faltas son los mismos para ambos, donde los hijos adquieren más interés en sus atenciones por parte de los padres, incluso cuando estos se encuentran fuera de la estructura matrimonial. El Estado evoluciona y protege la familia, sin discriminar si es matrimonial o no.

Actualmente a la luz de los precedentes jurisprudenciales, la doctrina y la legislación comparada, vemos que se ha eliminado la idea de que en la familia no se reparan los daños causados entre sus integrantes y que se ha desechado completamente la concepción de que la especialidad del Derecho de Familia impide la aplicación de los Principios de la Responsabilidad Civil.

El padre o la madre, en esencia son personas como cualquier otra, y a su vez, en el derecho familiar no existe ninguna prerrogativa que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar, tan igual como si este fuere cometido por una persona extraña a la familia.



Nuestra legislación reconoce la reparación de daños en casos de violencia familiar y algunos en el Libro del Derecho de Familia, y si bien dentro de este ámbito, los supuestos son puntuales, nada impide que otros daños se puedan accionar por las reglas generales de la responsabilidad civil en la vía correspondiente o en el caso concreto y si la vía lo permite, en forma acumulada a una acción familiar.

Dentro del Título de la Filiación Extramatrimonial, regulado en nuestro Código Civil, en el Artículo 414, donde se regula la existencia del daño moral, pero sólo reconoce los sufridos por la madre en los casos de abuso de autoridad o de promesa de matrimonio, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de concepción

Con el nuevo marco Constitucional dentro del influjo del Derecho Internacional. El contenido del Derecho a la identidad en la legislación y los avances científicos; creemos que ahora si goza de sustento el tema de daños causados por el no reconocimiento de hijos por parte del padre y los daños por no iniciar las acciones tendientes a la investigación de la paternidad por parte de la madre.

## 2. FUNDAMENTOS PARA LA REPARACIÓN

En la idea que venimos estudiando, la búsqueda de la paternidad ya esta totalmente plasmada normativamente, la necesidad de protección del menor ha llevado a esta evolución, ello en el contexto de que el derecho a la identidad del menor es parte de su derecho a la integridad a su desarrollo, por el que se permite el reconocimiento por parte de los padres de sangre, y si ello no ocurre se posibilita que de manera forzosa se entable un procedimiento judicial para lograr ese emplazamiento, con lo que corresponde determinar la acción u omisión daños.

## 2.1. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

### 2.1.1. Antijuricidad

La cuestión radica en determinar cuál es el hecho o conducta antijurídica que obligue a reparar por el no reconocimiento del hijo.

Podría contestarse a ese interrogante diciendo que el reconocimiento es un acto voluntario y personalísimo, y que por ser voluntario no es obligatorio; además podría argumentarse que la madre no puede atribuir la paternidad de un hijo a nadie.

Estos argumentos no son válidos porque una cosa es que el reconocimiento sea voluntario y otra, muy distinta, que sea discrecional o que el padre pueda realizarlo o no realizarlo, como indica Zannoni constituye un derecho del hijo tener un emplazamiento legal y no una facultad de los padres el hacerlo.

El hijo tiene un derecho constitucional y supranacional, otorgado por la Convención sobre los Derechos del Niño, a conocer su realidad biológica, a tener una filiación, y para tener una filiación paterna extramatrimonial requiere del reconocimiento del progenitor varón, ya que la madre no puede atribuirse la paternidad.

El negarse voluntariamente a establecer la filiación constituye una conducta antijurídica que, de darse todos los presupuestos de la responsabilidad civil, obliga a reparar.

Con ello queremos señalar que no basta el no reconocimiento para generar la responsabilidad sino que, además, deben darse todos los presupuestos que obligan a reparar. Es decir que la falta de reconocimiento debe ser dolosa o culposa, debe además haberse producido un daño y existir relación de causalidad entre el no reconocimiento y el daño.

Un punto importante en este sentido y en la protección al Derecho a la Identidad, como un derecho a la *verdadera identidad*, es que BREBBIA<sup>107</sup>, manifiesta que también constituye un obrar antijurídico la obstrucción maliciosa del proceso mediante la negativa infundada a la realización de la prueba biológica. O en su caso inclusive cuando una persona reconoce a un hijo a sabiendas que no es hijo de él, puesto que ha existido un deber deliberado para emplazar a una persona en un estado de familia que no corresponde con la realidad biológica y es incuestionable que se esta alterando el derecho a la identidad de la persona reconocida, claro esta que en este caso, corresponderá más que nada revisar los siguientes elementos para acreditar un daño concreto.

### 2.1.2. Daño

La necesaria conexidad entre daños y bien jurídico protegido nos lleva a determinar cuál es el bien o derecho que se vulnera con la falta de reconocimiento. Creemos que de lo que se trata es de una vulneración a los derechos de la personalidad, concretamente una violación del derecho a la identidad personal, al negarse el estado civil, más concretamente el estado de familia, en este caso el estado de hijo. Por lo tanto, lo que se debe resarcir, específicamente, es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia y ausencia de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario.

Este daño a un bien jurídico extramatrimonial como lo es el derecho a la identidad y, especialmente, el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar puede producir daño moral o daño patrimonial.

El *Daño Moral* deviene de la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado

---

<sup>107</sup> BREBBIA, Roberto. "El Daño Moral en las Relaciones de Familia, en, Derecho de Familia", libro homenaje a la Prof. Dra. Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina 1991, pág. 358.



por la falta de derecho de uso del nombre y por la falta de ubicación en una familia determinada.

El *Daño Material* está dado por las carencias materiales que le produjo la falta del padre. Éstas pueden o no producirse; se producirán, por ejemplo, si el único de los progenitores que lo reconoció tiene pocos recursos económicos y el niño se ve obligado a vivir en la pobreza cuando cuenta con un padre biológico económicamente solvente que, de haberlo reconocido, le hubiera permitido el acceso a una buena educación o le hubiera ahorrado los padecimientos materiales.

Pero también puede ser que el perjuicio material no se produzca, como, por ejemplo, en el caso de que quien lo reconoce fuera un progenitor rico y el no reconocimiento un menesteroso que, aún de haberlo reconocido, ningún auxilio material le hubiera proporcionado, por aquello de que los alimentos se fijan de acuerdo a las necesidades del alimentado y la capacidad económica del alimentante.

### **2.1.3. Relación de causalidad**

Necesariamente el daño debe ser producto de una relación de causalidad adecuada con el hecho generador del ilícito. Es decir, debe guardar una relación de adecuada causalidad la falta de reconocimiento espontáneo y el daño reclamado.

Si hablamos del daño moral, advertimos que el mismo tiene carácter resarcitorio y no punitivo, por lo que la responsabilidad resultara del dolo o de la culpa. La medida de la responsabilidad resultará de la relación de causalidad entre la acción ilícita y el daño. La cuantificación se hará teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y la reparación consistirá en la entrega de una suma de dinero que tendrá a resarcir el dolor y los padecimientos sufridos por la víctima del obrar ilícito.

### 3. LAS EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD

De acuerdo a las reglas de la responsabilidad, es una exigencia de la misma la acreditación la falta de culpa o la culpa de un tercero o el caso fortuito o la fuerza mayor. La falta de culpa, podría producirse cuando se ignore la paternidad, o en el caso fortuito, cuando se encuentre imposibilitado de reconocer por razón de la distancia, aunque los avances en materia de comunicaciones hacen hoy difícilmente producible tal hipótesis, que de todas formas puede darse en lugares enfrentados en un conflicto bélico.

### 4. LA RESPONSABILIDAD DE LA MADRE POR NO ACCIONAR

Este es un tema que podría ser materia de un debate, con posiciones igualmente sustentables, así vemos:

Dentro del marco legislativo original del Código Civil, creemos que es dudoso, puesto que quien goza de legitimidad activa es el hijo o supuesto hijo y que la madre no se encuentra legitimada por sí para iniciar una acción de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial, conforme al artículo 407; ella la ejerce en representación del hijo o, en su caso, subrogándose en los derechos del hijo, y como para el hijo la acción no caduca (Art. 410), podríamos decir que el hijo legitimado tendrá la oportunidad de asumir su acción.

Por otro lado tratándose de una acción imprescriptible, no parece que exista una conducta antijurídica de la madre que no actúa procesal mente contra el no reconociente y que al niño no se lo priva de un derecho si no se acciona, y que el daño está causado por la falta de reconocimiento, no por la falta de accionar judicial para lograrlo.

Sin embargo, por otro lado, podría decirse que la madre, como representante del menor, es quien se encuentra obligada a representarlo en juicio y que, de no reclamar ella, el incapaz no lo puede hacer.

Ahora, si bien el *factor de atribución* es la culpa del padre, que por no reconocer a su hijo lo pone en esa situación evidentemente dañosa, ese factor de atribución, igualmente lo puede compartir la madre al no iniciar las acciones que como representante del menor podría hacerlas, conforme a sus atribuciones.

El niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación, y para tenerla debe ser reconocido. Dentro de este marco, del Derecho a la Identidad que venimos tratando, y que si protección lo reconocemos como un derecho de interés público, tal es así que la Ley 28457 amplía la legitimidad activa a quien tenga interés, es con más razón que ahora creemos que no existe duda, y que la madre tiene el deber por la tutela de su menor hijo, por la búsqueda del goce del derecho a la identidad tanto estática como dinámica, y lograr el pleno desarrollo de su personalidad y protección a la dignidad humana.

En este contexto, el problema radica determinar si el daño se produce por la falta de iniciar las acciones de reconocimiento o la demora en la mismas o quizás ambas, pues la madre puede alegar, múltiples motivos, como, por ejemplo, la búsqueda de una solución extrajudicial, la promesa del reconocimiento espontáneo, etcétera.



### **PARTE III**

## **BASES PARA UN SISTEMA UNÍVOCO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL**

### **CAPÍTULO I**

#### **DERECHO A LA IDENTIDAD**

#### **SUMILLA**

1. CUESTIONES PRELIMINARES.- 1.2. Noción de derechos humanos.- 2. DERECHO A LA IDENTIDAD COMO DERECHO HUMANO.- 2.1. Marco Internacional.- 2.2. Casaciones.- 2.3. Dignidad humana y el Derecho a la Identidad.- 2.4. Configuración Legislativa del Derecho a la Identidad.- 3. DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO RECONOCIDO.- El derecho a la identidad personal en sede de corte.

#### **OBJETIVO**

1. Establecer la noción constitucional del Derecho a la Identidad.
  2. Conocer la configuración legislativa del Derecho a la Identidad.
  3. Identificar el derecho a la Identidad del hijo extramatrimonial no reconocido.
- 

#### **1. CUESTIONES PRELIMINARES**

El Derecho a la Identidad Personal y en especial el del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, es el derecho fundamental que constituye el eje central de esta investigación, en la medida que es de reciente data y aún no ha alcanzado en nuestro medio jurídico un desarrollo eficaz en cuanto a su contenido y límites. En ese sentido, nuestro objetivo es ofrecer planteamientos jurídicos que ayuden a perfilar el derecho a la identidad personal siempre con especial énfasis en el derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado.

El Sistema Jurídico de Tutela del Derecho a la Identidad Personal del Hijo Extramatrimonial no reconocido ni declarado en el Perú, encuentra su origen en la Constitución Política del Perú de 1993 y su norma de desarrollo constitucional prevista en el Código Civil Peruano de 1984 y, actualmente también presente en el Código de los Niños y Adolescentes. Como podrá usted advertir, existe una diferencia temporal entre el nacimiento formal del derecho en cuestión y la normativa del Código Civil, hecho que ha originado junto con otros fenómenos normativos la distorsión del Sistema de Tutela del Derecho a la Identidad Personal del Hijo Extramatrimonial no Reconocido ni Declarado. Las modificaciones al sistema introducidas por la Ley N° 27048 de 1999 que introduce al sistema la prueba genética de ADN para probar la filiación ó liberarse de la pretensión alimentaria y, la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial (declaración judicial de paternidad) en enero de 2005, han aunado a la distorsión del sistema de tutela en cuestión. Por tal motivo, lo poco conocido del tema de la identidad personal y la distorsión del sistema actual de tutela del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, son el incentivo requerido para analizar este problema que desborda en contenido al tema legal.

En la presente investigación presentamos una base teórica para describir el contenido del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, también será materia de análisis el actual sistema de investigación de paternidad extramatrimonial y ofreceremos las bases para un sistema eficaz de tutela del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado. Además, describiremos la inutilidad de basar el sistema de tutela de la identidad personal en base a presunciones y pruebas de escasa certeza de paternidad extramatrimonial, debido a la aparición en escena de las Pruebas Genéticas de ADN, pruebas que marcan el inicio del replanteo del sistema de tutela del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, y dan pie a sustentar los daños a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado vía

utilización de la figura jurídica del hijo alimentista. Es decir, la prueba genética no sólo ha desplazado el sistema de presunciones que sustentaban la declaración judicial de paternidad y la figura del hijo alimentista, a su vez ha planteado la posibilidad de producción de daños a la identidad personal cuando la madre o el representante legal del menor no utiliza la prueba y decide hacer uso de la figura del hijo alimentista. Sobre esta última demostraremos su inutilidad y posible fuente de producción de daños a la identidad personal, sin embargo, satanizar la figura no es nuestro objetivo, la ubicaremos en su real contexto.

También forma parte de la investigación, el comentario y la crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Corte Suprema de Justicia de la República, con el objetivo de ubicar en los hechos problemas jurídicos que apoyen la tesis de la distorsión del Sistema de Tutela del Derecho a la Identidad del Hijo Extramatrimonial no Reconocido ni Declarado.

### 1.1. NOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Los Derechos Humanos como el Derecho a la Identidad en nuestro medio, a partir de la Constitución de 1993, ha obtenido su reconocimiento constitucional, es necesario ante de su estudio detenernos un poco y plantear una visión muy preliminar de los Derechos Humanos. Veamos:

En la Doctrina, advertimos que existe abundancia de criterios para conceptualizar los Derechos Humanos, viéndolos la mayoría desde un enfoque meramente jurídico o judicializado, siendo la concepción tradicional más aceptada el entenderlos como *“Aquellos derechos inherentes a la persona humana por su simple condición de persona”*. Es claro entonces que el sentido y alcance de los Derechos Humanos dista mucho de ser claro y unívoco, como advierte PÉREZ LUÑO, siendo la imprecisión, la ambigüedad y la equivocidad rasgos connotadores de su



empleo, no sólo en el lenguaje común sino incluso en las polémicas doctrinales de los especialistas<sup>108</sup>.

Nosotros creemos que la idea de Derechos Humanos deben entenderse de una manera más amplia e integral, incluso dinámica, pues, es evidente que se trata de un fenómeno en construcción y evolución, Lejos esta ya verlos solamente como un listado de derechos, pues, la visión moderna los identifica como un proceso histórico y filosófico alrededor de la persona humana y su interrelación con la sociedad y el poder, en base a valores indiscutibles como la libertad, la igualdad y la dignidad.

La noción que nos propone V. RODRÍGUEZ RESCIA<sup>109</sup>, creemos la más acorde con la visión que tenemos de los mismos, así vemos que: *"Derechos Humanos, son aquellos derechos -civiles y políticos, económicos, sociales y culturales- inherentes a la persona humana, así como aquellas condiciones y situaciones indispensables, reconocidas por el Estado a todos sus habitantes sin ningún tipo de discriminación, para lograr un proyecto de vida digna"*<sup>110</sup>.

Igualmente creemos que cualquiera que sea la definición, nunca debe faltar la idea de dignidad humana<sup>111</sup>, entendiéndola como un valor inherente a todo ser humano. Tiene que ver con la capacidad natural de libertad con responsabilidad y el principio de igualdad, ambas

<sup>108</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio. "Sobre los valores fundamentales de los Derechos Humanos". En: Polo, Luis Felipe. *Fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos*. Arte Nativas, Guatemala, 2003, pág.37.

<sup>109</sup> Curso Introductorio de Derechos Humanos, Nociones de DD.HH., Cap. I, www.IIDH.CR.

<sup>110</sup> Cualquiera que sea la definición que se adopte, ella debe incluir los siguientes elementos:

- Alusión a derechos de las personas, pero también a "condiciones" mínimas para la satisfacción de sus necesidades básicas.
- Derechos, condiciones y oportunidades que el Estado debe proveer a todas las personas sin ningún tipo de discriminación por razones de etnia, religión, sexo, edad o de cualquier otra naturaleza.
- Entendimiento de que los Derechos Humanos son connaturales con la condición de "persona humana", por lo tanto, no incluyen a personas jurídicas como sociedades anónimas o cualquier otro tipo de corporación o fundación.
- Referencia necesaria a la idea de obtención de "calidad de vida" como supuesto de realización de todos los Derechos Humanos, incluyendo derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales.
- Que contemple no solo derechos sino también obligaciones o deberes de las personas para con los demás y con el Estado.

<sup>111</sup> "La dignidad humana entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad implica, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza de una vez por todas". 3] Pérez Luño, Antonio, op. cit., pág. 38

características propias por naturaleza desde su nacimiento, incluso desde su concepción con limitaciones del caso.

La dignidad humana no es un concepto etéreo, por el contrario, sirve para fundamentar, en momentos históricos diferentes, los distintos alcances de los Derechos Humanos y su protección amplia y efectiva como el apelar, en nombre de la dignidad humana, al pleno desarrollo de la persona mediante la consolidación de un Estado Social de Derecho más solidario, donde las garantías individuales no resultan suficientes, sino en su correlación con la comunidad en una dialéctica entre derechos y deberes y el interés común.

## 2. DERECHO A LA IDENTIDAD COMO DERECHO HUMANO

El Derecho a la Identidad es un derecho humano fundamental y, como tal, está íntimamente vinculado a la dignidad de la persona. No es posible concebir el desarrollo integral del ser humano al margen de este derecho. No en vano ha sido definido como el “*derecho a ser uno mismo*”<sup>112</sup>, y es que se trata de un complejo derecho que implica no sólo el derecho al nombre, sino coincide en identificar dos ámbitos de protección: el primero, compuesto por el conjunto de características objetivas y constantes en el tiempo, tales como el nombre, fecha de nacimiento y filiación, que permiten diferenciar entre uno y otro individuo, aspecto denominado como *Identidad Estática*. El segundo aspecto está compuesto por un conjunto de elementos vinculados con la pertenencia cultural, espiritual, política y religiosa de la persona, los cuales no son inmutables, pueden ir variando a lo largo del tiempo y conforman lo que se conoce como la *Identidad dinámica*. Ambos aspectos del derecho a la identidad deben ser protegidos y garantizados por el Estado.

---

<sup>112</sup> DOGLIOTTI, citado por Juan Espinoza Espinoza, en *Tratamiento de los derechos de la persona en el Código Civil Peruano*. Editorial Huallaga, 2da Edición, Lima, 1998, pág. 180.

Cada persona tiene el derecho a su identidad, es decir, a exigir que se respete su "verdad personal", que se le represente fielmente, que se le reconozca como "ella misma", que se le conozca y defina sin alteraciones o desfiguraciones. Correlativo a este derecho se encuentra el deber de los "otros" de reconocer a la persona "tal cual es". Ello significa que nadie puede desnaturalizar o deformar la identidad, atribuyendo a la persona calidades, atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le son propias ni negar su patrimonio ideológico cultural, su comportamiento o actitudes<sup>113</sup>.

## 2.1. MARCO INTERNACIONAL

Entre los instrumentos internacionales ratificados por el Perú que reconocen el derecho a la identidad se encuentran el artículo 6º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que señala que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" y entre los que lo reconocen y establecen obligaciones para el Estado encontramos, por ejemplo, a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de San José de Costa Rica en sus artículos 3º y 18º, la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 7º y 8º y al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 16º y 24º. En la Observación General 17 al Artículo 24º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité concluye en el punto número 7 que "En virtud del párrafo 2 del artículo 24, todo niño tiene derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y a tener un nombre. A juicio del Comité, debe interpretarse que esta disposición está estrechamente vinculada a la que prevé el derecho a medidas especiales de protección y tiene por objeto favorecer el reconocimiento de la personalidad jurídica del niño.

El establecimiento del derecho al nombre reviste especial importancia con respecto a los hijos extramatrimoniales. La obligación de inscribir a

---

<sup>113</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la Identidad Personal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 101.



los niños después de su nacimiento tiende principalmente a reducir el peligro de que sean objeto de comercio, raptos u otros tratos incompatibles con el disfrute de los derechos previstos en el Pacto. En los informes de los Estados Partes deberían indicarse en detalle las medidas adoptadas para garantizar la inscripción inmediata de los niños nacidos en su territorio." En tal sentido, de una interpretación sistemática de dichos instrumentos se desprende que el contenido del derecho a la identidad incluye: el reconocimiento de la personalidad.

## 2.2. CASACIONES

Con relación a la identidad personal, el Tribunal Constitucional ha expresado los siguientes pronunciamientos:

*"El derecho a la identidad personal, esto es, el derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad"* Exp. N° 0050-2004-AI/TC, 03/06/2005. Fj. 76.

Así también, el Supremo Intérprete de la Constitución, ha manifestado que:

*"El artículo 2.1 de la constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre -conocer a sus padres y conservar sus apellidos-, el relativo a tener una nacionalidad la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica (...). En nuestro ordenamiento jurídico, el DNI tiene una doble función; por un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, ya que posibilita la identificación precisa de su titular; y, por otro, es un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos que se encuentran consagrados en la Constitución."* Exp. N° 4444-2005-HC, 25/07/05. Fj. 4.

## 2.3. DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Entre los términos dignidad e identidad existe una conexión indesligable que podríamos denominar de finalidad y medio. La dignidad es el

principio fundamental que da *sentido* a los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la identidad personal. Como bien señala el constitucionalista LANDA ARROYO: “El respeto a la dignidad humana se incardina, más bien, en la perspectiva contemporánea de los derechos fundamentales del constitucionalismo social que, partiendo de un status positivo de la libertad, reconoce que todas las personas tienen tanto las mismas capacidades y posibilidades sociales de realizarse humanamente, como que también para ello, cuenta con la promoción y auxilio de los Poderes Políticos”<sup>114</sup>. Rescatamos de éste concepto la idea de igualdad en oportunidades y capacidades que busca la dignidad humana, éste dato será esencial para comprender el derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial en todo su real contenido. La persona humana, el hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, debe contar con las mismas oportunidades y capacidades que cualquier otro menor de edad si queremos respetar su dignidad, el Estado y la normativa jurídica debe de hacer propio este parámetro en su política legislativa<sup>115</sup>.

Agrega PLACIDO V. que la positivación constitucional de la dignidad humana busca hacer posible la realización y desenvolvimiento de la personalidad a nivel individual, en la medida que los miembros de una sociedad en particular y los poderes públicos respeten la libertad y los derechos del individuo<sup>116</sup>.

Otro aspecto relevante de la dignidad humana consiste en que la persona como un ente psicosomático *ético espiritual* puede por su propia naturaleza libremente autodeterminarse, formarse y actuar sobre el

<sup>114</sup> LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona humana”. En IUS ET VERITAS, Revista de Derecho PUCP, N° 21, Lima, 2000. Pág. 11

<sup>115</sup> Nota, dicho en otros términos: La dignidad humana es un principio rector de la política constitucional – indrizzo político -, en la medida que dirige o orienta positiva y negativamente la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado. Positivamente, en la medida que todos los poderes y organismos públicos deben asegurar el desarrollo de la dignidad humana en los ámbitos del proceso legislativo, judicial y administrativo. Negativamente, en cuanto deben evitar afectar la dignidad humana a través de las leyes, resoluciones y actos administrativos que emitan, ya que todos los poderes públicos están vinculados directamente a la constitución en un sentido formal y material, en LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona humana”, En IUS ET VERITAS, Revista de Derecho PUCP, N° 21, Lima, 2000. Pág. 17

<sup>116</sup> PLACIDO V., Alex F. El Derecho a la Integridad Personal en la Doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, Colección Biblioteca Jurídica Contemporánea N° 1, San Marcos, Lima, 2004. Pág. 10

mundo que lo rodea<sup>117</sup>. Cuanto de importante revela éste componente de la dignidad humana para los fines de la investigación, sobre estas palabras podemos arribar sin tropiezos a afirmar que todo obstáculo en la libertad de autodeterminación de una persona constituye una lesión a su dignidad, los hijos extramatrimoniales no reconocidos ni declarados son un caso concreto de obstáculo a la libertad de autodeterminación, puestos en una condición desigual que duda cabe que su dignidad humana ha sido menoscabada y su libertad recortada, sin necesidad de entrar al tema específico de su identidad personal. A través del principio rector de la dignidad humana podemos avizorar lo objetivo de la lesión del *status* de hijo no reconocido ni declarado. Estas aproximaciones reafirman la instrumentalidad del derecho a la identidad personal como remedio indiscutible para la eliminación de la lesión a la dignidad del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado.

Debe tenerse presente que “el hombre es *per se* portador de estima, custodia y apoyo heterónomo para su realización acorde con su condición humana<sup>118</sup>”. La lesión objetiva de colocar al hijo extramatrimonial en el *status* de no reconocido y declarado es rebajar y desvalorizar la propia condición humana<sup>119</sup>.

Realizado este primer corolario de vital importancia para la cuestión que pretendemos dar solución en este trabajo, debemos avanzar un nivel más en la especificidad del tema y dar contenido a los derechos fundamentales, en la medida que el derecho a la identidad personal tiene esta categoría, en ese sentido conocer su magnitud guiará el presente estudio. Así, estamos de acuerdo con el jurista PEREZ LUÑO cuando señala que los derechos fundamentales “(...) aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los

---

<sup>117</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. Los Derechos Humanos y la Constitución, Gráfica Horizonte, Lima, febrero de 2001. Pág. 21

<sup>118</sup> *Ibidem*, Pág. 21

<sup>119</sup> *Ibidem*, Pág. 22



ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional<sup>120</sup>". De este concepto podemos rescatar al dato histórico que envuelve la existencia de los derechos fundamentales. En ese sentido, el derecho fundamental a la identidad personal es un instrumento de protección de la dignidad humana que recoge su contenido de una determinada sociedad en particular, es un elemento cultural que demuestra el desarrollo de una determinada sociedad. En cuanto al derecho a la identidad personal, podemos señalar que es un instrumento de reciente data en el Perú, adquiere singularidad jurídica en la Constitución Política de 1993.

## 2.4. CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

A nivel del Derecho Civil, Código Civil propiamente dicho, los derechos de la persona – el derecho a la identidad personal – son prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona, por su sola condición de tal, que no pueden ser privadas por el Estado ni los particulares, ya que ello implicaría un desmedro o menoscabo de la personalidad<sup>121</sup>. La positivización en el área del Derecho Civil obedece a la necesidad de reafirmar la condición de hombre libre y la inalienabilidad e irrenunciabilidad de los principios o derechos a la vida, integridad personal y honor; el orden normativo debe velar por su correcta elaboración y aplicación, eliminando los obstáculos que sin justificación impiden a la persona el cumplimiento de su proyecto vital<sup>122</sup>.

Hasta aquí, los fundamentos teóricos de la dignidad y su relación con la identidad personal. Ahora pasemos al estudio del contenido del derecho a la identidad personal, para ello resulta indiscutible la revisión de los aportes realizados por el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO<sup>123</sup> para

<sup>120</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 6ª edición, TECNOS S.A., Madrid, 1999. Pág. 48

<sup>121</sup> PLACIDO V., Alex F. Filiación y Patria Potestad. En la doctrina y en el jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2003, pág. 22

<sup>122</sup> REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil IV. Exposición de Motivos y Comentarios. Título Preliminar, Derecho de las personas, Acto Jurídico, Derecho de Familia, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985. págs. 61-63

<sup>123</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Daño a la identidad personal", En THEMIS, Revista de Derecho PUCP, N° 36, Lima, 1997. pág. 248

quien la identidad personal goza de dos componentes básicos, el dinámico y el estático, señala el jurista peruano:

“La identidad habíase jurídicamente confinado en el aspecto biológico del ser humano, aspecto al que se suele comúnmente designar con la expresión “identificación”. Solicitar a una persona que se identifique suponía que ella manifestase sólo cuál era su nombre, se verificase sus huellas digitales y, en general el que proporcionase los datos consignados en su documento de identidad. Dentro de este planteamiento no jugaba ningún rol la libertad en cuanto ser del hombre”.

“Sólo en tiempos recientes se ha evidenciado que la identidad no se confunde con la identificación, cuyos datos son generalmente invariables, sino que por su calidad ontológica de ser libre el hombre está también dotado de una identidad dinámica, la cual está conformada por las características de su personalidad. De ahí que la identidad esté esencialmente vinculada con la libertad, desde que el ejercicio de ésta permite el despliegue de la personalidad en el tiempo. La biografía de un ser humano no se contrae a poner sólo en evidencia su nombre o el día en que nació; sino, principalmente, a resaltar sus obras, el producto de su libre quehacer vital en el tiempo, bosquejar el perfil de su personalidad. La pregunta ¿Quién eres? No se reduce, por cierto, a una respuesta que pone sólo de manifiesto, elementos estáticos de la identidad sino, sobre todo, aquellos de carácter dinámico propios de su personalidad”.

El descubrimiento del componente dinámico de la identidad personal es uno de los avances más significativos en relación al contenido de éste derecho. Es la base sobre la cual demostraremos que la distorsión en el sistema de tutela del derecho a la identidad personal pasa por el desconocimiento de este componente y, que supuestos de hecho que antes eran considerados lícitos, como por ejemplo la facultad de la madre de elegir el momento del emplazamiento de la filiación hoy sean considerados ilícitos. Por tales motivos, conviene a los fines de la investigación hacer un estudio sobre el componente dinámico del derecho a la identidad personal. Así, continúa el maestro sanmarquino diciendo:

“(…) la identidad se complementa, necesariamente, con un plexo de atributos, características y rasgos de la personalidad. Estos datos, contrariamente a los biológicos, pueden variar en el tiempo. Por ello,



este conjunto de atributos de la personalidad constituye el elemento dinámico de la identidad”.

El elemento dinámico de la identidad está pues compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre, entre otros elementos. Este plexo de atributos y características individualizadas del sujeto se exterioriza, se proyecta al mundo exterior y permite a los demás identificar al sujeto en el seno de la comunidad.

(...) La identidad dinámica, (...) se despliega en el tiempo. Ella se forja a partir del pasado, desde el momento de la concepción donde se encuentran sus raíces para, trascendiendo el presente existencial, proyectarse en el futuro. La identidad no es algo acabado, finito, por el contrario, es lábil, fluida, dinámica, como lo es la propia vida del ser humano<sup>124</sup>.

Que duda cabe que este componente dinámico de la identidad personal clarifica y da real contenido al derecho a la identidad personal. Gracias a este primer contenido del componente dinámico de la identidad personal, pretendemos demostrar que en el caso de los hijos extramatrimoniales no reconocidos ni declarados, pueden integrarse al cúmulo de experiencias que integran la identidad personal, el hecho que el mantenimiento del hijo extramatrimonial en el *status* de no reconocido ni declarado es un obstáculo que genera lesiones en su identidad personal, en principio estática por el hecho de su identificación biológica, pero también dinámica por el hecho de alterar la identidad que le es propia al menor no reconocido no declarado, ya que el *status* en el que permanece no es aquel al que pertenece, irrumpe en el dato histórico que componente de su identidad personal<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, págs. 248-249

<sup>125</sup> Véase MESÍA, Carlos. Derechos de la persona. Dogmática Constitucional, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004. págs. 106 – 110: “En su relación con los otros la persona aspira a que lo reconozcan, lo identifiquen y lo respeten conforme a su intrínseca y originaria manera de ser. Citando al profesor Fernández Sessarego [el derecho a la identidad personal] significa tutelar la ‘verdad personal’, es decir, lo que hace que cada uno “sea lo que es y no otro”. Atentar contra la identidad es desnaturalizar la verdad en cualquier aspecto humano. Esta desnaturalización implica, expresar inexactitudes sobre la ideología, la ocupación, el estado civil, la tendencia política de la persona”.



En esa misma línea, señala ESPINOZA ESPINOZA que el derecho a la identidad personal tutela el respeto de la verdad histórica del individuo<sup>126</sup>.

### **3. DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL NO RECONOCIDO**

Esbozado el marco general del derecho a la identidad personal, podemos ingresar al estudio de las peculiaridades que este derecho toma cuando está frente al caso de un hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado. En primer lugar, debemos ubicar el problema desde su perspectiva constitucional para de ahí continuar con su desarrollo en el área del Derecho Civil.

Así, tenemos que nuestra carta fundamental ofrece una protección especial al niño en situación de abandono (artículo 4° de la Constitución de 1993) e, integra al derecho nacional los Tratados en los que el Perú es parte (artículo 55 de la Constitución de 1993). En ese orden de ideas, se integra al ordenamiento jurídico vía tratado internacional el llamado principio del Interés Superior del Niño. El cual tiene su origen en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que señala que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. El Perú firmó la Convención el 26 de enero de 1990 y se integro en nuestro derecho nacional mediante la resolución legislativa N° 25278 el 4 de agosto de 1990. De ahí fue llevado a nuestro actual Código de los Niños y Adolescentes en 1993.

---

<sup>126</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las Personas, 3ª edición, Editorial Huallaga, Lima, octubre de 2001. Pág. 165

Señala el profesor RUBIO CORREA que el principio del interés superior del niño implica el respeto a sus derechos como primera prioridad, cuando sus intereses colisionen o se encuentren con los de otras personas, incluso sus padres<sup>127</sup>.

Hoy se puede afirmar que el proceso de socialización del niño en el seno de una familia tiene otros componentes que pertenecen al campo de los valores y la cultura, que se aprenden y fijan en el menor a partir de la conducta de sus padres; en un estudio sobre violencia estructural se llegó a la conclusión que: a) la ilegitimidad paterno filial genera problemas graves de individualidad y, b) en el proceso de socialización del niño no sólo contribuye la educación sino que se necesita incentivar capacidades creativa y afectivas en el seno familiar<sup>128</sup>.

Si bien la propia esencia de los derechos de la personalidad gira en torno a cada individuo, por lo que nacen y mueren con ellos, la técnica del jurista debe favorecer el beneficioso influjo que la familia puede aportar en los límites de la vida del ser humano<sup>129</sup>.

Señala FERNANDEZ SESSAREGO citado por ZANNONI<sup>130</sup> que toda persona tiene el derecho a preservar para sí su identidad filiatoria. La identidad filiatoria tiene dos componentes:

- a) Componente estático: la identidad filiatoria está constituido por el dato biológico.
- b) Componente dinámico: la identidad filiatoria, presupone el arraigo de vínculos paterno – filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (paterno - filiales).

<sup>127</sup> RUBIO CORREA, Marcial, Estudio de la Constitución Política de 1993, T. II, Fondo Editorial de la Pontificia, Universidad Católica del Perú, Lima, febrero de 1999, pág. 22.

<sup>128</sup> Ibídem, págs. 27 – 28. Mac Gregor S.J., Felipe, Rubio Correa, Marcial, Vega Carreazo, Rudesindo, Marco Teórico y Conclusiones de la investigación sobre violencia estructural, Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1990, pág. 142-143.

<sup>129</sup> ESPÍN CANOVAS, Diego, Los Derechos de la Personalidad Familiar, En KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El derecho de familia y los nuevos paradigmas, T. I, Rubinzal – Allzoni Editores, Buenos Aires, 1999, pág. 181.

<sup>130</sup> ZANNONI, Eduardo A, Adopción plena y derecho a la identidad personal, En KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El derecho de familia y los nuevos paradigmas, T. I, Rubinzal – Allzoni Editores, Buenos Aires, 1999, pág. 232 – 233.

El derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, tiene sus propios matices. En el marco legal, le otorga una protección especialísima a través del principio del interés superior del niño como norma de apoyo al derecho fundamental a la identidad personal, sin embargo, este no es el único fundamento jurídico para reafirmar la supremacía del derecho a la identidad personal sobre el derecho por ejemplo del presunto padre a no negarse a la investigación de paternidad alegando intimidad o integridad personal. La dignidad humana es el eje central que determina la primacía de uno u otro derecho fundamental en cada caso particular, en el citado, que duda cabe que conocer la verdadera identidad del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado dignifica a la persona, restablece su libertad, frente al derecho a la integridad o intimidad del presunto padre que duda cabe que ésta circunstancia es inferior, porque no es menos digno ni menos libre quien es conminado a colaborar con la investigación de la identidad personal de otra persona, cualquier lesión a su esfera siempre será inferior a la lesión que sufre la persona cuya identidad no ha sido definida, la diferencia está en el grado de intensidad de la lesión y del alcance de un estándar de dignidad adecuado.

En cuanto al contenido del derecho a la identidad personal, podemos resumirlo en sus dos componentes, la verdad biológica y la verdad histórica, el hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado tiene derecho a: a) conocer su filiación paterno filial – dimensión estática (datos biológicos) y, b) que no se altere su verdad histórica, a través de la falta de emplazamiento oportuno de la filiación paterno filial y el mantenimiento injustificado de su situación en el *status* de hijo no reconocido. Tanto el progenitor, la madre ó quien ejerce la tenencia del menor son responsables de los daños que se ocasionen a su identidad personal como consecuencia de la inobservancia del alcance que el derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial tiene, ya que estos están en mejor posición de tomar precauciones – solicitar la filiación por paternidad extramatrimonial – para eliminar el *status* de hijo no reconocido ni declarado. El Estado por su parte tiene la obligación legal de eliminar la



distorsión anotada en el sistema de tutela del derecho a la identidad personal de hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado.

### 3.1. ¿QUÉ OPINAN LOS TRIBUNALES PERUANOS? EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN SEDE DE CORTE

En sede constitucional, existe un único pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el expediente 02273 – 2005 – HC<sup>131</sup> que señala el contenido esencial del derecho a la identidad personal:

#### **El derecho a la identidad.-**

21. Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

22. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

23. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no

---

<sup>131</sup> Página web del Tribunal Constitucional del Perú: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)

puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas.”

El Tribunal reconoce que la individualización de la persona humana obedece a rasgos objetivos y subjetivos, en nuestros términos, a un elemento estático (nombre, herencia genética, rasgos físicos, etc.) y uno dinámico (ideología, identidad cultural, etc.). La relevancia entre uno y otro elemento dependerá del caso concreto. Es sumamente importante resaltar la precisión que realiza el Tribunal al señalar que la individualización de una persona humana en algunas circunstancias puede requerir elementos mucho más complejos, es decir, el contenido esencial de la identidad personal de una determinada persona nunca puede definirse en términos de elementos expresos que se presentan en la generalidad de personas. Este reconocimiento *numerus apertus* de los elementos que dan contenido a la identidad personal de una determinada persona humana nos hacen entender que el contenido del derecho a la identidad personal es variable según el tiempo en su aplicación y según el sistema jurídico en particular que lo sostiene. Los cambios en el sistema jurídico, del Código Civil de 1984 en particular, y los avances en materia de derechos fundamentales de las pasadas dos décadas han cambiado el escenario del derecho a la identidad en la escena jurídica nacional, se ha fortalecido su contenido y, hoy en día en base a éstos cambios han aparecido en escena nuevos elementos dinámicos de la identidad personal que amplían el contenido del derecho y son fundamento para identificar nuevos supuestos de lesiones a la identidad personal. En el caso del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido, los efectos propios de la filiación ó la falta emplazamiento de la filiación son nuevos elementos que parecen en escena para en el primer caso reconocer la necesidad de proteger la verdad histórica y, en el segundo caso justificar la responsabilidad del padre y la madre por retardar el derecho a la identidad de sus hijos.



En sede de Derecho Civil, la Corte Suprema de Justicia de la República ha emitido algunos pronunciamientos en relación a conflictos relacionados con el derecho al nombre y filiación extramatrimonial, elementos integrantes del derecho a la identidad personal<sup>132</sup>. A saber:

Casación 2675 – 2001 – Lima<sup>133</sup>:

“**Tercero:** Que, el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la identidad y en virtud al mismo, toda persona tiene el derecho de conocer quiénes son sus progenitores y antecesores, con todos los privilegios que por ello le pudiera corresponder; encontrándose facultada, en caso de incertidumbre en el conocimiento de dicha identidad para acudir al órgano jurisdiccional a fin de obtener la dilucidación respectiva.”

Pese a ser un pronunciamiento del presente siglo, la corte aún asume que el derecho a la identidad personal sólo tiene un componente estático, conocer la verdad biológica. Cabe recordar que ya en enero de 1999 se introdujeron cambios en el actual sistema de tutela a la identidad personal en cuanto a la filiación extramatrimonial con la Ley N° 27048, que incluyó la prueba genética de ADN y, con ello se introdujo el sistema de investigación de la paternidad basado en la certeza del resultado obtenido por la referida prueba genética. Es decir, el paso de un sistema impreciso de investigación de paternidad a uno certero, en otras palabras el abandono de posturas proteccionistas del padre dada la imprecisión del sistema hacia la protección integral de la víctima – el hijo extramatrimonial no reconocido –, este cambio en el agente de atención (presunto padre o víctima) trajo consigo que se posen los ojos en el estudio de la víctima y con ello nos damos cuenta que no sólo la verdad biológica es el *quid* del asunto, se introduce a nuestra esfera jurídica de manera tácita éste elemento dinámico de la identidad personal.

<sup>132</sup> Investigación realizada en el separata especial de Sentencias en Casación del Diario Oficial “El Peruano”, del año 2001 al 2007, ubicadas en el fondo bibliográfico de la Biblioteca del Colegio de Abogados de Arequipa, Enero de 2008

<sup>133</sup> Publicada en la separata especial de Sentencias en Casación el 30 de junio de 2003, págs. 10721 - 10723



Casación N° 1154 – 97 – PUNO<sup>134</sup>:

“(…) el nombre es una de las manifestaciones del derecho a la identidad de la persona y mediante el cual se designa e individualiza al sujeto de derecho, que en consecuencia, el juzgador ha de aplicar la ley comprendiendo con sensibilidad que los valores inmersos en su articulado tienden fundamentalmente a proteger a la persona natural como tal (…)”

De forma tácita puede rescatarse que la corte asume que el derecho a la identidad personal está integrado por múltiples elementos, dentro de los cuales podemos ubicar a los elementos dinámicos aunque la propia corte no los reconozca en esta resolución ni en la resolución anteriormente analizada. Resulta un acierto de la corte aconsejar a los juzgadores la utilización de un criterio flexible en cuanto a la interpretación de normas en casos de identidad personal, esta flexibilización obedece al reconocimiento especial de la protección integral de la persona humana, en base a esta protección especial, que duda cabe que en materia de protección de la identidad personal, el reconocimiento de todos y cada uno de los elementos integrantes de la identidad personal deben a su vez integrar el fin de la investigación de la paternidad extramatrimonial.

En sede de cortes superiores, cabe resaltar el pronunciamiento de la Sala Especializada de Familia de Lima que en el expediente 860 – 2002 del 6 de agosto de 2002<sup>135</sup> establece:

“La identidad de un niño no es sólo una cuestión de filiación y de origen cultural. El niño al crecer va asimilando la identidad de la familia y cultura en que vive, por lo que la decisión en torno a la definición de su paternidad por su propio interés deben ser tomadas lo más pronto posible en su etapa de desarrollo vital, afectos de no provocar una afectación mayor con una segunda privación de identidad, lesionando su propia biografía y singularidad”.

<sup>134</sup> Publicada en la separata especial de Sentencias en Casación el 6 de abril de 2001, págs. 4957 - 4959

<sup>135</sup> En Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial, Gaceta Jurídica, N° 59, Lima, agosto 2003. págs. 151 - 153

La presente resolución concuerda íntegramente con las ideas que hemos venido señalando a lo largo del presente trabajo y que seguiremos desarrollando más adelante. El reconocimiento de los elementos estáticos y dinámicos de la identidad personal es el descubrimiento por parte del Derecho de hechos y situaciones concretas que definen la identidad de una persona en particular por que forman parte de su esfera personal. Otro aspecto fundamental, es aquel, referido al oportuno emplazamiento en la investigación de la paternidad, el cual debe ser lo más pronto posible en función al comienzo de la vida del hijo extramatrimonial no reconocido. Como diremos en las siguientes líneas de esta investigación, el inoportuno emplazamiento en la investigación de la paternidad es fuente de responsabilidad civil tanto de la madre como del padre, a su vez es un problema que requiere la intervención legislativa del Estado para a un nivel *sistémico*<sup>136</sup> desincentive los casos de hijos extramatrimoniales no reconocidos ni declarados.

A manera de conclusión podemos señalar que en el ámbito de la administración de justicia existen elementos de base a nivel constitucional para dar un contenido unívoco al derecho a la identidad personal, se ha reconocido sus dos componentes básicos –estático y dinámico–. Sin embargo al nivel del derecho civil no se ha establecido un marco unívoco debido básicamente a que se mantiene en el ordenamiento jurídico una suerte de ambivalencia entre dos sistemas disímiles entre si –el basado en presunciones y el de certeza del resultado obtenido por la prueba genética de ADN–.

Cabe anotar sin embargo, que el tema no está definido solo esta en inicio, en esta investigación por citar un ejemplo se postula la necesidad de reconocer en el ámbito del elemento dinámico que los efectos de la

---

<sup>136</sup> Término referido a las soluciones jurídicas a nivel de justicia social, a diferencia de la justicia particular, corresponde a la política de Estado en la protección del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido.

filiación o lo que en términos específicos denominamos verdad histórica forma parte integrante del derecho a la identidad personal, elemento que debe integrarse a los fines de la filiación extramatrimonial y es fuente de responsabilidad de los padres por la falta de emplazamiento oportuno en la investigación de la paternidad del hijo extramatrimonial no reconocido.





## CAPÍTULO II

### SISTEMAS DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

#### SUMILLA

1. CUESTIONES PRELIMINARES. 1.1. La declaración judicial de paternidad. 1.2. La declaración judicial de la paternidad en sede de Corte: Críticas y Comentarios. 1.3. Hijo alimentista. 1.4. La figura jurídica del hijo alimentista en sede de Corte: Críticas y comentarios. 1.5. Daños a la identidad personal.....

#### OBJETIVOS

1. Establecer desde el punto de vista del derecho a la Identidad, la declaración de paternidad, el hijo alimentista y los daños al derecho a la identidad
2. Identificar los criterios jurisprudenciales en el tratamiento de estas figuras
3. Advertir la necesidad de una regulación apropiada al Derecho a la Identidad

### 1. CUESTIONES PRELIMINARES

#### 1.1. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD

La finalidad del procedimiento es el emplazamiento a una persona determinada, el padre, cuando éste se resiste a reconocer el hijo extramatrimonial voluntariamente, ya porque desconfía de la verdad biológica, ya por mala fe, casos en los cuales se hace necesaria la investigación judicial de la paternidad<sup>137</sup>. Dicho en otros términos: “Los hijos extramatrimoniales tienen acción en contra de quienes consideren su padre o su madre, por tanto, la acción investigatoria de la paternidad es la que promueve el hijo para averiguar su filiación por declaración judicial de la misma, a fin de establecer no sólo ese hecho en sí, de

---

<sup>137</sup> PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. Derecho de Familia en el Código Civil, 2ª edición, IDEMSA, Lima, enero de 1995. pág. 338

indudable valor afectivo, sino también para posibilitar básicamente el derecho alimentario, el sucesorio y el de llevar sus apellidos<sup>138</sup>. Cabe anotar que, en apreciación del componente estático del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, la acción de filiación no sólo debe entenderse como un instrumentos para alcanzar un derecho alimentario, sucesorio o el nombre, está concepción obedece sin duda a un apreciación de la identidad sólo en su vertiente estática, como ya expresamos precedentemente, los efectos de la filiación son tanto estáticos como dinámicos, no cabe duda que busca un derecho a alimentos, derechos sucesorios y un nombre, pero también persigue el conocimiento de la verdad histórica y el restablecimiento de la verdadera identidad, y las relaciones parentales que de ella se originan.

Como bien se anota en un esfuerzo académico de reciente data, “frecuentemente el hijo extramatrimonial goza de hecho de status *fili* pero no del status *familiae*, es decir, tendrá un nombre pero que no le adjudica íntegramente sus relaciones familiares, salvo que esté reconocido voluntaria o judicialmente<sup>139</sup>. Es decir, la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado es incompleta, le falta el componente dinámico que esta reflejado en las relaciones parentales que nacen a raíz del reconocimiento voluntario o de la declaración judicial de paternidad.

Nótese en esta doctrina tradicional el problema de ver a la identidad personal sólo desde su perspectiva estática. Así, para los Mazeaud, este precepto [filiación] encuentra respaldo en un criterio eminentemente social. En efecto, “el interés de la familia legítima exige que el hombre tenga las mismas obligaciones para con sus hijos, sean estos naturales o legítimos; si no, se le incitará a evitar las pesadas cargas del matrimonio. Hay que agregar que en la esfera social el hijo natural abandonado sin recursos, constituirá a la vez, una carga y un peligro

<sup>138</sup> *Ibidem*, Pág. 339

<sup>139</sup> GACETA JURÍDICA, Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, Derecho de Familia (Primera parte), T. II, Lima, junio de 2003, pág. 763

para la sociedad entera<sup>140</sup>". El concepto al igual que el anterior propuesto por PERALTA ANDÍA consideran al instrumento de la filiación como un remedio para aliviar las consecuencias patrimoniales que se provoca con la existencia de hijos extramatrimoniales, es decir, desde la perspectiva estática se reduce el problema de la filiación a uno de contenido patrimonial.

En el anterior sistema de investigación de paternidad extramatrimonial (vigente aún pero coexistente con el sistema de certeza del resultado de la prueba de ADN) las dificultades respecto a la prueba justificaban el hecho de que el legislador determine la filiación en base a presunciones: presunción de paternidad legítima, presunción relativa a la fecha de la concepción, presunción relativa a la duración de la gestación, y también la presunción fundada en la posesión de estado. Con la entrada en escena de las pruebas genéticas se llega a determinar que:

"Cada hombre posee un patrimonio hereditario original constituido, mitad a mitad, por el aporte de cada uno de sus progenitores. Ese patrimonio o genoma, que es fijado en el momento de la fecundación, se encuentra inscrito en el núcleo de cada célula del cuerpo, bajo la forma de 23 pares de cromosomas constituidos de una molécula linear compleja de ácido desoxirribonucleico (ADN). El ADN lleva en sí toda la información necesaria a la génesis corporal del individuo y a su funcionamiento".

Actualmente es posible, entonces, a partir del análisis de una célula cualquiera de una persona, establecer su código genético. Ese código, que le es propio, permite establecer quienes son sus progenitores por medio de la comparación con los códigos genéticos de estos últimos<sup>141</sup>".

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, pág. 768

<sup>141</sup> *Ibidem*, pág. 23



Con este avance científico, hoy se puede afirmar con toda certeza que las pruebas genéticas ofrecen un grado de certidumbre aceptable para establecer la relación paterno filial.

Expresado el marco general de la declaración judicial de paternidad nos pronunciaremos sobre la entrada en escena de la Ley N° 28457 – ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, en enero de 2005, el cual representa un hito en el sistema de tutela del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado. Para tal fin nos remitiremos a un estudio actual sobre la novedosa ley realizado por el profesor VARSÍ ROSPIGLIOSI, quien detalla con suficiente detalle los alcances de una Ley que es de su autoría. Así, comienza el autor señalando que la constatación jurídica de la paternidad biológica esta basada en un interés social y el orden público<sup>142</sup>. Señala entre sus particulares detalles que: a) que la acción de filiación puede ser accionada por quien tenga legítimo interés, b) el proceso gira en torno a la contundencia de la prueba genética, c) se estimula la canalización de acciones de filiación con un proceso rápido y eficaz, d) la única defensa del emplazado es oponerse al mandato sometándose a la prueba de ADN<sup>143</sup>.

Señala el referido autor que la justificación para la formulación y aprobación de este proceso fue la contundencia de la prueba de ADN. Los resultados efectivos que de ella pueden obtenerse para establecer quién es el padre no merece mayor discusión. Si certeza existe en la prueba de la pretensión a invocarse, el proceso debe ser ágil, de prontitud y eficacia en mérito de lo reclamado<sup>144</sup>. El espíritu de la Ley es dar cuenta que las presunciones de paternidad actualmente carecen de sentido<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. El proceso de filiación extramatrimonial, Gaceta Jurídica S. A., Lima, 2006. pág. 21.

<sup>143</sup> *Ibidem*, págs. 25 - 43

<sup>144</sup> *Ibidem*, pág. 70

<sup>145</sup> *Ibidem*, pág. 117

La colaboración de la mujer se hace imprescindible, no pudiendo quedar a su arbitrio la elección del emplazamiento o el momento de hacerlo<sup>146</sup>.

En resumen, como se habrá podido constatar, hoy en día no se justifica un sistema de tutela de la identidad personal basado en presunciones, la prueba genética de ADN ha desplazado por completo al sistema anterior propuesto en los primeros cinco incisos del artículo 402 del Código Civil. En ese orden de ideas, la norma legal de apoyo del hijo alimentista basado en el sistema de presunciones no encuentra justificación alguna, es más, la entrada en vigencia de la prueba genética ha convertido lo que antes era un acto lícito – elegir el momento de emplazamiento de la acción de filiación o elegir demandar alimentos en base a la figura del hijo alimentista – en un acto ilícito, no justificado, que es antijurídico, en consecuencia reúne las cualidades de ser calificado con un hecho generador de responsabilidad civil extracontractual como veremos más adelante.

Entre los detractores al nuevo sistema de investigación de paternidad extramatrimonial encontramos a la profesora ARIANO DEHO quien señala que: “Estamos pues ante una nueva fase en la historia del Derecho probatorio peruano: regresamos a la prueba plena. *Ergo*, ya no más apreciación conjunta y razonada de la prueba, ya no más motivación del porqué se resuelve en un sentido o en otro, pues quien decide es el laboratorio (...) reduciendo al juez a ser un elemento decorativo y simplemente protocolizador<sup>147</sup>. Sobre el particular, consideramos que el proceso es el medio y la justicia el fin, en la investigación de paternidad extramatrimonial el fin es conocer la verdadera identidad del hijo no reconocido ni declarado, si hoy el estado actual de la ciencia permite por medios científicos conocer con certeza aquella identidad negada no existe inconveniente alguno para que se tome por cierta la prueba de ADN, considerar que se vulnerado el garantías procesales, es ser más papista que el papa, es decir, preferir

---

<sup>146</sup> *Ibidem*, pág. 137

<sup>147</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal? En *Actualidad Jurídica*, T. 134, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2005. pág. 67.

el medio sobre el resultado. De ninguna manera puede creerse que no existe procedimiento, como afirma la autora, el Estado es justamente quien mediante su autoridad otorga el reconocimiento a la prueba de ADN, para ello existe un emplazamiento y un pronunciamiento de fondo. La razón nos indica que debemos tener procedimientos adecuados al problema que se pretende resolver.

En respaldo de la existencia de proceso y de la intervención necesaria del Estado, el Derecho a individualizado y categorizado al actual proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, lo califica como proceso monitorio que “consiste en una estructura, en un modo de ser del proceso, caracterizado porque, presentada la demanda (si ella cumple con los requisitos que, según los casos, prescribe la ley, el juez *inaudita altera parte* dicta una resolución favorable a aquella, condicionada a que el demandado, citado en forma, no se oponga dentro del plazo que a tales efectos se le asigna<sup>148</sup>.

## 1.2. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EN SEDE DE CORTE: CRÍTICAS Y COMENTARIOS

La Corte Suprema de Justicia de la República, entre el periodo de 2000 a 2007 aún considera que la finalidad principal de la investigación de paternidad extramatrimonial es la búsqueda de la verdad biológica. Por lo tanto, no ofrece una opinión acorde con el nuevo enfoque que tiene el derecho a la identidad personal.

Sin embargo, a pesar que hoy en día la legislación sobre la materia conmina al presunto padre a someterse a una prueba de ADN para conocer la verdadera filiación del hijo extramatrimonial no reconocido, debe rescatarse el sustento jurídico que ofrece la Corte para justificar la imperiosa necesidad de conminar al presunto padre a someterse a la

---

<sup>148</sup> MARTINEZ y VIERA. “El destinatario de una medida autosatisfactiva y el proceso de estructura monitoria”. En Medidas Autosatisfactivas, Rubinzal. Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999. pág. 383 citado por MARTEL CHANG, Rolando. “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”. En Actualidad Jurídica, T. 138, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2005, págs. 67



prueba de ADN atendiendo al interés superior del niño sobre el derecho a la intimidad personal e integridad que pudiera tener el presunto padre que no desee someterse a la prueba de ADN.

Así tenemos que:

Casación 2675 – 2001 – Lima<sup>149</sup>:

**“Tercero:** Que, el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la identidad y en virtud al mismo, toda persona tiene el derecho de conocer quiénes son sus progenitores y antecesores, con todos los privilegios que por ello le pudiera corresponder; encontrándose facultada, en caso de incertidumbre en el conocimiento de dicha identidad para acudir al órgano jurisdiccional a fin de obtener la dilucidación respectiva.

**Sexto:** Que, el artículo cuatrocientos dos del Código Civil en su texto original recogía cinco supuestos para invocar la filiación extramatrimonial, mas dicho dispositivo ha sido modificado en el transcurso de la presente causal mediante la dación de la Ley N° 27048 del seis de enero de mil novecientos noventinueve que incorpora una nueva causal de índole probatorio relativa a la acreditación del vínculo parental a través de la prueba de ADN o otras genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, precisando la norma que, ante la negativa de someterse el presunto padre a dicha prueba luego de haber sido notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista.”

Como anotáramos líneas arriba en este único fallo donde se pronuncia la Corte sobre el contenido del derecho a la identidad en un proceso de filiación por paternidad extramatrimonial, ésta considera que la finalidad principal de éste derecho es conocer la identidad estática del menor de edad no reconocido, conocimiento que garantiza no sólo la satisfacción del menor de conocer a su antecesores sino que ubica al responsable de la subsistencia del menor no reconocido ni declarado. Cabe anotar que, la Casación tiene una data posterior a la entrada en escena de la prueba genética de ADN en el escenario jurídico nacional, hecho que nos lleva a concluir que aún con la Ley 27048 de 1999 que introdujo la prueba

---

<sup>149</sup> Publicada en la separata especial de Sentencias en Casación del diario oficial “El Peruano” el 30 de junio de 2003, págs. 10721 - 10723

genética de ADN no se varió el concepto del propósito de los juicios de filiación extramatrimonial, hecho que inclusive nos lleva a concluir que en el 2003 (fecha de publicación de la Casación) aún no se admitía en sede de Corte la identidad dinámica y, no es hasta el 2005 que el Tribunal Constitucional declara e sede jurisprudencial que la identidad personal está compuesta por dos elementos, uno estático y otro dinámico. Razón por la cual podemos asumir el derecho a la identidad personal a pesar de ser reconocido en la Carta del 93 no tiene desarrollo jurídico sino hasta el 2005, tiempo en el cual no se ha podido desarrollar con plenitud. Las modificaciones al sistema jurídico de investigación de paternidad extramatrimonial de 1999 y 2005 que introducen el sistema de investigación de paternidad extramatrimonial basado en la certeza del resultado de la prueba genética de ADN no han apoyado la tesis de la inclusión de la identidad personal en su componente dinámico en la conciencia de nuestros magistrados, salvo el único caso aquí señalado de la Sala Especializada de Familia de Lima de 2002. En base a ello, las consideraciones expuestas sobre el contenido de la identidad personal en el presente trabajo resultan ajenas a la conciencia de las Cortes, aún cuando nuestras afirmaciones sólo son el descubrimiento de hechos y circunstancias que integran la esfera de la persona humana y que por lo tanto merecen plena tutela.

Casación 720 – 97 – Lima<sup>150</sup>:

La demanda de declaración de filiación extramatrimonial importa un pedido de investigación judicial de la paternidad, por la dificultad de la prueba, derivada del carácter oculto en que comúnmente se desarrollan las relaciones sexuales extramatrimoniales, por lo que el juez debe hacer uso, cuando corresponda, de su facultad inquisitiva por los superiores intereses del niño. Esto aún cuando la Constitución peruana, como lo señala Varsi, no contiene una norma expresa que fomenta o incentive la investigación de la paternidad como si lo hacen otras Constituciones – Bolivia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, España, Italia, Panamá, Venezuela – que orientan su rumbo al descubrimiento de la verdad real de la filiación, a través de todos los medios probatorios posibles<sup>151</sup>.

<sup>150</sup> Publicada en la separata especial de Sentencias en Casación del diario oficial “El Peruano” el 3 de diciembre de 1998

<sup>151</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Análisis constitucional de la investigación jurídica de la paternidad, En Diálogo con la Jurisprudencia, N° 6, Lima, 1997, pág. 78.



El tema relevante en la presente Casación es la justificación jurídica en base a las propias normas que integran nuestro ordenamiento jurídico para conminar al presunto padre a realizarse la prueba de ADN aún en contra de su voluntad. Las bases legales ofrecidas por la Corte son suficientes para afirmar que en el Perú prima el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido sobre el derecho del presunto padre a resguardar su intimidad e integridad personal. El principio del interés superior del niño integrado a nuestro ordenamiento por los Tratados Internacionales de los cuales el Perú es parte es la justificación para preferir el derecho a la identidad del menor frente al derecho del presunto padre a su integridad e intimidad. No cabe duda, que el reconocimiento de la necesidad de conocer la identidad de una persona humana es a su vez el reconocimiento de su dignidad y el paso ineludible a su autorrealización, en menor grado e intensidad se encuentra el derecho del presunto padre a negarse a prueba de ADN, ya que la conminación sobre su voluntad no perjudica su autorrealización ni mucho menos atenta contra su dignidad, su derecho pretende mantener un *status quo* sobre su persona, en cambio el derecho del hijo no reconocido ni declarado pretende enaltecer su persona, es decir variar su *status quo* hacia uno más perfecto y más digno, que duda cabe que es superior y así debe reconocérsele.

### 1.3. HIJO ALIMENTISTA

La justificación legal o moral que tuvo la figura del hijo alimentista para su entrada en escena en el sistema jurídico nacional, es la señalada por el maestro CORNEJO CHÁVEZ:

“Es la acción alimentaria del hijo extramatrimonial no reconocido no declarado. Se funda en el derecho a la vida que tiene todo ser humano por el hecho de serlo. Alguien ha de proveer, pues, a la subsistencia de ese hijo sin padres, de ese ser privado de *status familiae* y del amparo de la patria potestad; y ese alguien,



allí donde no es el Estado mismo – por no permitirlo su organización socio política o sus recursos –, no puede ser otro que aquél a quien, no con certeza y ni siquiera con vehemente verosimilitud o probabilidad, mas sí con razonable posibilidad, puede reputarse como el progenitor, por haber mantenido relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción<sup>152</sup>.

Que, duda cabe que la acción del hijo alimentista estuvo dirigida a ser una norma de apoyo al sistema de filiación sustentado en presunciones, en las que por razones de humanidad y subsidiariedad, se imputaba en base a una presunción una obligación alimentaria. Pero, desaparecido el sistema de presunciones en los hechos por la certeza del resultado de la prueba genética de ADN, no tiene justificación mantener este otro sistema de presunciones.

Con las reformas introducidas en la Ley 27048, se convirtió en un pseudo sistema alternativo de declaración de paternidad, al establecerse que el demandado podía liberarse sometiéndose a la prueba de ADN, es decir, por vía indirecta se pretendía establecer la filiación del hijo extramatrimonial. La Subcomisión de Familia de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984, propuso derogar la figura del hijo alimentista porque la consideraba obsoleta<sup>153</sup>.

Existen varias críticas al sistema de los hijos alimentistas que refuerzan la idea de su inutilidad en la actualidad. Entre ellas podemos señalar la del profesor ARIAS SCHREIBER quien señala que la denominación de hijos alimentistas no es acertada, es un término equívoco ya que parte del error de denominar hijos a quienes en realidad no lo son. Al no

---

<sup>152</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, 10ª edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, abril 1999, pp. 509, 510; Véase “La Ley aplica a aquellos que no pueden recurrir a la declaración judicial de paternidad, por no darse los presupuestos exigidos en el artículo 402°, y será sujeto pasivo del deber alimenticio el que hubiere tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción”. En ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. EXEGESIS del Código Civil peruano de 1984, Derecho de Familia – Sociedad Paterno Filial, T. VIII, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2001, pág. 77.

<sup>153</sup> ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, EXEGESIS del Código Civil peruano de 1984, Derecho de Familia – Sociedad Paterno Filial, T. VIII, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2001, págs. 75 – 79.

tratarse propiamente de hijos, los alimentistas no tendrán derecho a llevar el apellido del que presta los alimentos, como tampoco sucederlos. No habrá consecuencias de tipo sucesorio ni se crearán vínculos de parentesco entre alimentante y alimentista y sus respectivas familias<sup>154</sup>.

#### **1.4.LA FIGURA JURÍDICA DEL HIJO ALIMENTISTA EN SEDE DE CORTE: CRÍTICAS Y COMENTARIOS**

Sobre esta figura jurídica, la Corte Suprema de Justicia de la República ha puesto énfasis en señalar sus límites de aplicación y la finalidad de su existencia. Así, ha señalado que el hijo alimentista es una persona diferente de quien tiene definida su filiación y, por lo tanto tiene un trato distinto, limitado en cuanto sus derechos. También debe agregarse, que la Corte considera que en la figura del hijo alimentista sólo debe probarse las relaciones sexuales con la madre durante el tiempo de la concepción, es decir, no admite que las modificaciones introducidas a ésta figura jurídica han terminado por convertirla en un pseudo proceso alterno de investigación de paternidad extramatrimonial. Veamos con precisión la orientación jurídica de la Corte:

Casación N° 870 – 06 – Puno<sup>155</sup>:

“Octavo: Que, la persona que reclama alimentos de su “padre” lo hace en virtud a que su derecho alimentario proviene de la condición de “hijo, así lo contempla el artículo cuatrocientos setenta y cuatro inciso segundo del Código Civil, (...) Noveno: Que, en tal virtud, resulta claro que única y exclusivamente puede demandar alimentos de su “padre” aquel que tiene la calidad de “hijo” de este, ya sea porque nació dentro del matrimonio o porque ha sido objeto de reconocimiento u obtenido sentencia judicial que así lo declare. No obstante, el legislador advirtió la eventual existencia de hijos extramatrimoniales que, por una u otra razón, no podrían acreditar encontrarse en alguno de los supuestos de hecho contemplados en el artículo cuatrocientos

<sup>154</sup> ARIAS SCREIBER PEZET, Max. Op. cit., pág. 77.

<sup>155</sup> Publicada en la separata especial de Sentencias en Casación del diario oficial “El Peruano” el 24 de abril de 2007. En sentido contrario existe la Casación N° 2466 – 2003 – Apurímac al señalar que: “La obligación de proveer alimentos subsiste en los hijos varones o mujeres mayores de dieciocho años que continúen en forma exitosa una profesión u oficio acreditada de manera fehaciente. La protección del beneficiado se prorroga en este supuesto y alcanza también a los hijos alimentistas porque de acuerdo con el artículo sexto de la Constitución Política del Perú, todos los hijos tienen iguales derechos”. Publicada en la separata especial de Sentencias en Casación del diario oficial “El Peruano” el 1 de agosto de 2005.



dos del Código Civil, para obtener la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, de tal modo que atendiendo a la necesidad primerísima de los alimentos, al hecho incuestionable de que para que haya nacido dicha persona es que ha tenido que existir un padre, el legislador contempló en el artículo cuatrocientos quince del mismo cuerpo legal, la posibilidad de que tal individuo pueda reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. No se requiere, pues, que el actor demuestre su calidad de hijo extramatrimonial del demandado, sino que basta la simple acreditación de las relaciones sexuales habidas con la madre lo que da origen a una presunción *juris tantum* de una paternidad y una igual presunción de “hijo” que solo posibilita el acceso a los alimentos (...) tratándose de derecho de alimentos, existe diferencia entre aquellos hijos extramatrimoniales que tienen relación paterno filial, de aquellos que no tiene filiación con el presunto padre, como son los denominados hijos puramente alimentistas, con quienes solo mantienen una obligación pecuniaria. Sostener una completa igualdad [entre ambos] (...) significaría admitir que el obligado, en éste último caso, tiene la calidad de “padre” y que por tanto, además de alimentos, el alimentista también puede reclamar herencia y otros derechos (...) al hijo no reconocido ni declarado, solo le corresponden alimentos hasta los dieciocho años de edad, salvo que acredite incapacidad física y mental [mas no le corresponde alimentos en el caso de seguir estudios y profesión exitosamente, tercer párrafo del artículo 483 del Código Civil].”

El tema relevante de esta Casación está es la diferencia que plantea la Corte entre hijos con paternidad determinada e hijos con paternidad indeterminada. Diferencia que radica no sólo en la categoría que tiene cada uno de ellos dentro del ordenamiento jurídico sino que además en la caso de los hijos alimentistas sus derechos son inferiores a los hijos cuya paternidad esta determinada. Si sólo los hijos cuya paternidad ha sido determinada gozan de la plenitud de los alcances de la obligación alimentaria, la Corte no ha hecho otra cosa que descubrir que nuestro sistema jurídico es débil en la tutela alimentaria de los hijos alimentistas, en otras palabras ellos son objeto de discriminación por el *status* de alimentistas que poseen. Por lo tanto, el mantenimiento del *status* de hijo alimentista es un supuesto de hecho que genera daños a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado ya que limita su tutela alimentaria, degrada su dignidad. El sistema jurídico de



tutela del derecho a la identidad personal en la investigación paternidad debe resolver este problema reduciendo el tiempo en que un hijo extramatrimonial no reconocido se encuentra en el *status* de hijo extramatrimonial, la solución está a la mano, la declaración judicial de paternidad extramatrimonial. Pese al intento de la Corte por guardar la coherencia interna del sistema, propio del civil law, la solución no es apropiada, se prefirió mantener la coherencia interna del sistema del Código Civil y se vulneró el derecho fundamental que tiene toda persona a no ser discriminado por ninguna causa. La Corte debe comprender el mensaje que ofrece a la sociedad con este tipo de resoluciones, en el análisis costo beneficio, resulta una postura ineficiente a que prefiere la coherencia del sistema por encima del bienestar social, lo eficaz habría sido elegir el bienestar social a través del mensaje a la no discriminación por encima de la coherencia ideal del sistema del Código Civil, no debe olvidarse que el Derecho es un instrumentos para regular la convivencia social hacia estándares de justicia social – bienestar social.

Casación N° 2314 – 2004 - Moquegua<sup>156</sup>:

“(…) si se considera que en autos se ventila el derecho a los alimentos de un menor (…) debe estimarse siempre el interés superior del niño, establecido, en el artículo noveno del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; para lo cual pese que la demandante se desistió de la prueba genética del ADN (Ácido Desoxirribonucleico), la Sala Superior ha podido ordenar como medio probatorio de oficio la actuación de dicho medio de prueba u otro de validez científica, si consideraba que lo actuado no le formaba convicción, conforme a la facultad prevista por el artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil (…)”

En esta Casación la Corte defiende la supremacía del derecho a la identidad personal por encima de los intereses de los padres del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado. El principio del interés superior del niño que obliga a preferir el bienestar del menor por encima de cualquier otro interés sirve de sustento jurídico positivo, aunque que duda cabe que la preeminencia del derecho a la identidad personal

<sup>156</sup> Publicada en la separata especial de Sentencias en Casación del diario oficial “El Peruano” el 3 de julio de 2006

sobre el derecho a la integridad o intimidad del presunto padre, no radica en la fuerza del principio del interés del niño, radica en que la identidad personal en este caso satisface en mayor grado las exigencias de la dignidad humana frente al interés del presunto padre al cuál la afectación a su derecho es menos intensa en cuanto a la reafirmación de su dignidad humana, es menos legítima, es excusa para vulnerar el derecho de otro.

Casación N° 522 – 2005 - Lambayeque<sup>157</sup>:

“(…) en aplicación de lo dispuesto por el artículo ciento noventa y ocho del Código Procesal Civil, el cual prescribe que *las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tiene eficacia en otro*, el demandante ha hecho uso de la prueba de ADN, actuada en el proceso de exclusión de nombre, el cual tiene plena eficacia en el presente proceso (...) Si bien en el presente caso no se discute el otorgamiento de una pensión alimenticia, puesto que ello ya fue otorgado en el proceso pertinente, el sustento que sostiene el demandante para pretender la exoneración de alimentos es el hecho de que en el proceso seguido por las mismas partes sobre exclusión de nombre (expediente noventa y ocho – ciento cuarenta y cuatro) se acreditó mediante prueba de ADN que él no era el padre del niño (...) En tal sentido, al haberse acreditado ello, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo cuatrocientos quince, en lo concerniente a que el demandado (demandante en el presente proceso) podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si estás dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo.”

Si bien en esta Casación el tema relevante es de carácter procesal, la utilidad en un proceso de una prueba genética practicada en otro proceso no es útil para advertir la distorsión de la figura jurídica del hijo alimentista, que admite la prueba genética de ADN para liberar de la obligación alimentaria al presunto padre. Si esto es así, y la Corte secunda la utilidad de una prueba en un proceso para otro, bien podríamos utilizar la prueba genética de ADN realizada en el proceso judicial de hijo alimentista para hacerla valer en el proceso de declaración judicial de paternidad. Con ello, la mencionada finalidad

---

<sup>157</sup> Publicada en separata especial de Sentencias en Casación del diario oficial “El Peruano” el 1 de agosto de 2006.



probatoria del proceso de hijo alimentista, probar las relaciones sexuales con la madre en el tiempo de la concepción, no sería la única finalidad de este procedimiento judicial, ya que con la entrada en escena de la prueba genética de ADN en la figura jurídica del hijo alimentista también se llega a probar la verdadera filiación. Razón por la cual, el proceso de hijo alimentista pasa a ser de manera indirecta en un pseudo proceso alterno de investigación de paternidad extramatrimonial, ya que incentiva que el demandado – presunto padre se realice la prueba genética de ADN para liberarse de su obligación alimentaria, que en última ratio será demostrar que él no es padre.

Casación N° 1056 – 2004 – Chincha<sup>158</sup>:

“El artículo cuatrocientos quince del Código Civil, faculta al hijo extramatrimonial a reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre, durante la etapa de concepción, una pensión alimenticia hasta los dieciocho años. Este dispositivo se basa en la presunción *iuris tantum* de paternidad de la persona que mantuvo relaciones sexuales con la madre, contemporáneamente a la concepción. Por lo tanto, no se requiere la acreditación de la relación paterno filial, sino solamente de la relación sexual del obligado con la madre durante el tiempo de concepción. El objetivo principal en materia probatoria será acreditar ese hecho”.

En esta oportunidad la Corte defiende la coherencia del sistema declarando que la finalidad probatoria del proceso de hijo alimentista es acreditar las relaciones sexuales con la madre durante la etapa de la concepción. Sin embargo, sólo posa sus ojos sobre el deber de la madre de probar estos hechos, pese a ello, en todo proceso judicial contencioso existe también una facultad del demandado de probar su falta de vínculo con la pretensión demandada, en este caso con la prueba genética de ADN. Por lo tanto, no puede sostenerse que la única *ratio* probatoria de los procesos de hijo alimentista, sea probar las

<sup>158</sup> Publicada en separata especial de Sentencias en Casación del diario oficial “El Peruano” el 30 de noviembre de 2005. En ese mismo sentido: 1) Casación N° 3237 – 99 – Lima (publicada en “El Peruano” el 22 de febrero de 2000): “(...) en la demanda sobre hijo alimentista no se presume las relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción, sino que es la parte demandante la que debe acreditar estos hechos, en caso contrario la demanda debe ser desestimada (...)”; 2) Casación N° 2625 – 99 – Huaura ( publicada en “El Peruano” el 18 de enero de 2000): “(...) en este tipo de proceso no se tiene por objeto establecer la relación paterno filial, sino únicamente determinar la existencia de relaciones sexuales entre la demandante y el emplazado al momento de la concepción de la menor alimentista (...)”.



relaciones sexuales con la madre, cuando el mismo sistema inventiva la realización de la prueba genética de ADN al demandado para liberarse de la pretensión alimentaria en su contra.

Casación N° 3106 – 2001 – Ucayali<sup>159</sup>:

“Cuarto: Que, es presupuesto para que se configure la existencia del hijo alimentista que se acrediten las relaciones sexuales habidas con la madre durante la época de concepción, conforme lo establece el artículo cuatrocientos quince del Código Civil; por tanto, las pruebas actuadas en un proceso de esta naturaleza deben conducir al juzgador a determinar el estado de alimentista de quien lo solicita, en base a las pruebas que esta parte presente para acreditar su derecho, e incluso a las que presente la parte contraria para desestimar la existencia de las relaciones sexuales”.

En esta Casación pese a que el fondo del asunto es recalcar que la única finalidad probatoria de los procesos de hijo alimentista es probar las relaciones sexuales con la madre, pese a que es una falacia jurídica. La nota relevante está dada por el reconocimiento de la Corte que el hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado tiene un *estado alimentista* – *status de alimentista*, y que el Derecho lo ubica en esa categoría, la cual es inferior a la categoría de hijo con paternidad determinada. Es decir, el Estado promueve un *status* de inferioridad del hijo alimentista frente a hijos matrimoniales o extramatrimoniales, favorece la discriminación y establece un procedimiento para ello. Razón por la cual resulta totalmente absurda la existencia de la figura del hijo alimentista cuando ya el estado actual de la ciencia nos permite eliminar con prontitud el *status de hijo extramatrimonial no reconocido* – *hijo alimentista*.

A manera de conclusión, en el análisis legal existen razones suficientes para eliminar la figura jurídica del hijo alimentista, por la incoherencia interna de *ratio*, por lo débil de la tutela ofrecida y porque responde a un modelo de investigación de paternidad extramatrimonial ya superado en los hechos. En el análisis moral, no puede tutelarse que existan

<sup>159</sup> Publicada en separata especial de Sentencias en Casación del diario oficial “El Peruano” el 31 de julio de 2002

categorías de seres humanos inferiores a otros por razón de la filiación, el imperativo moral kantiano indica que el ser humano debe ser tratado como un fin en si mismo, la discriminación que realiza la figura jurídica del hijo alimentista no puede ser aceptada en la conciencia social, es un incentivo perverso que alienta el discriminación, intolerable en tiempos actuales. Por último, en el análisis económico, la figura jurídica del hijo alimentista es ineficiente por sus altos costos sociales, entre ellos: la discriminación, el incentivo a la falta de emplazamiento oportuno de la filiación, el mantenimiento en el *status* de hijo alimentista; todos éstos elementos juegan en contra del bienestar social.

### 1.5. DAÑOS A LA IDENTIDAD PERSONAL

La norma hoy en día es un incentivo para retrasar el emplazamiento y es fuente generadora de daños al hijo extramatrimonial porque posibilita que la madre puede elegir entre la declaración judicial de paternidad o demandar alimentos vía figura del hijo alimentista. Señala PLACIDO V. que “el derecho a la verdadera filiación que se condice con el derecho a la identidad, demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre. El dato biológico – identidad estática – del individuo se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social – identidad dinámica -; es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho, en su doble aspecto<sup>160</sup>”.

Otro argumento, a favor de la existencia de daños cuyo origen es la falta de emplazamiento de la filiación esta sustentado en que los valores básicos que sustentan la personalidad del individuo y que forman su parte íntima y emocional fueron adquiridos por activa o por pasiva a

---

<sup>160</sup> PLACIDO V., Alex F. Filiación y Patria Potestad. En la doctrina y jurisprudencia, Gaceta Jurídica S. A., Lima, mayo de 2003. pág. 7

través de la interacción entre sus disposiciones genéticas y las experiencias habidas de su tierna infancia<sup>161</sup>.

Conocer cuál es su específica verdad personal es, sin duda, un requisito para la dignidad de la persona, para su autodeterminación, y está íntimamente vinculada a la libertad. El llamado aspecto dinámico del derecho a la identidad se funda en que el ser humano, en tanto unidad, es complejo y contiene una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológica, religiosa o política, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto<sup>162</sup>.

Conforme a nuestro particular punto de vista es necesario que pese sobre la madre el deber de permitir a su hijo o hija conocer su verdadera identidad, la madre tiene que ser colaboradora activa y oportuna, el cercenamiento de parte de la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado por noble que pueda parecer la actitud de la mujer es censurable, causará un daño irreversible en una persona que crezca sin poder ejercer todos los derechos y atributos derivados de su estado de familia. Por lo tanto, se hace imprescindible que se establezca normativamente un deber legal de la madre del hijo no reconocido de informar el nombre del padre e impulsar su reconocimiento forzoso. O de lo contrario, conforme el espíritu de la ley, pueda cualquier tercero o el Ministerio Público quien se subroga en la representación del menor a fin de obtener la declaración judicial de paternidad<sup>163</sup>.

En consecuencia, podemos afirmar que existen daños a la persona del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado por la falta de emplazamiento de la filiación. Daños que tienen como principales actores, no sólo al padre que se niega el reconocimiento voluntario sino respecto de la madre que elige no emplazar oportunamente al

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, pág. 11

<sup>162</sup> *Ibidem*, pág. 23

<sup>163</sup> *Ibidem*, págs. 25 - 26



progenitor. La responsabilidad civil será siempre excontractual y tendrá un factor de atribución basado en la culpa, probada la no culpa de agente este podrá quedar absuelto. Sin perjuicio, del remedio legal orientado a establecer la obligación legal de la madre a actuar oportunamente en el establecimiento de la filiación de su hijo, y la intervención de terceros en deficiencia de esta última, todo en el marco de la protección integral del menor en base al interés superior del niño<sup>164</sup>.

Pueden ser tomados como supuestos generadores de responsabilidad:

- a) El daño moral deviene de la falta de emplazamiento familiar, de la negativa o falta del derecho a la identidad, específicamente configurado por la falta de derecho de uso del nombre, y por la falta de ubicación en una familia determinada.
- b) El daño material está dado por las carencias materiales que produjo la falta de padre

Por ello, los daños por la falta de emplazamiento de la filiación del hijo se prueban por presunciones, debiendo ser los hechos básicos tenidos en cuenta para presumir el daño causado, los siguientes:

- a) El hecho de llevar solo el apellido del progenitor que lo reconoció, que confiere el signo de la ilegitimidad, y ello produce discriminación ya que la sociedad peruana todavía diferencia a los hijos sin ambos vínculos parentales declarados y documentados.
- b) El hecho de ser extramatrimoniales, coloca a los hijos no reconocidos espontáneamente en desventaja frente a sus compañeros del colegio, amigas y la comunidad toda, hay un daño en la vida de relación.

---

<sup>164</sup> Cfr. *Ibidem*, págs. 352 - 355

- c) La asistencia del niño a la escuela donde no puede ser conocido por su verdadero apellido le produce necesariamente angustias que hacen presumir la existencia de daño moral.
- d) La ausencia de rol paterno hace presumir el daño moral, ya que si bien las funciones paterna y materna se complementan entre sí, la ausencia del rol paterno no puede ser reemplazada en forma ambivalente por la madre, porque ambas guardan una clara autonomía que las torna excluyentes en cuanto al encargado de cumplir una y otra, y la ausencia de una de ellas deja una marca indeleble, aun desde los primeros días de vida.
- e) La negación del hecho invocado para reclamar el emplazamiento judicial de la filiación y la negativa del demandado para someterse a las pruebas biológicas o genéticas, siendo evidente el daño moral por la sola comisión del accionar antijurídico que surge de la circunstancia del no reconocimiento; si no fuera así, no habría mayor esfuerzo probatorio para acreditar lo que es obvio y notorio. La historiografía de la vida del menor va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente<sup>165</sup>.

Sin embargo, puede advertirse que en estos supuestos de responsabilidad, el autor esta esbozando una suerte de responsabilidad objetiva, ya que como el mismo anota verificado el supuesto se tomará como presunta la responsabilidad del padre o madre de ser el caso. No debe llevarse este tipo de daño a la persona a la esfera de la responsabilidad objetiva, debe procederse caso por caso teniendo como criterio siempre un factor de atribución subjetivo, es decir, la culpa.

Conforme a nuestra postura, el daño a la persona es siempre subjetivo, puede tener consecuencias tanto extrapatrimoniales como patrimoniales, o ambas simultáneamente<sup>166</sup>. El interés jurídico protegido es la verdad, en sus dos componentes verdad biológica y verdad histórica, se trata de la calidad existencial de “ser uno mismo y no otro” o el “ser como

<sup>165</sup> Cfr. *Ibidem*, págs. 357 - 359

<sup>166</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. Cit., pág. 255

realmente soy”, con mis atributos y características. ¿Cómo se lesiona la identidad personal? cuando de algún modo se atenta contra la “verdad personal”, se agravia la identidad personal, de modo genérico, desnaturalizando, falseando, desvirtuando, alterando, distorsionando, ocultando dicha “verdad”. Es decir, imputando al ser humano atributos características, conductas o ideas que no le pertenecen, que no integran su “verdad” personal o negándole aquéllas que le son propias<sup>167</sup>.

En palabras de FERNÁNDEZ SESSAREGO “se lesiona la identidad personal alterando la filiación, la fecha de nacimiento, el sexo, la nacionalidad o la ocupación de la persona. Ello también ocurre si se le imputan a la persona rasgos de la personalidad que no la definen o se ocultan otros que si le son inherentes y pueden contribuir de manera notoria a perfilar su identidad<sup>168</sup>”.

Otro factor en contra de la vigencia de la figura del hijo alimentista está referido a la publicidad que debe hacerse de la intimidad de la madre para obtener la pensión de alimentos, señala la Corte Suprema Casación N° 2817-2001 –PIURA del 1 de abril de 2002 (publicada en El Peruano el 30 de setiembre de 2002):

“(…) que las relaciones sexuales como un hecho íntimo es difícil de probar mediante pruebas directas y objetivas, debiendo acudir para su acreditación a medios indirectos (los indicios), entre ellos la prueba genética (ADN). Los medios probatorios no determinan el petitorio como parte sustancial de la pretensión procesal”.

No estamos de acuerdo con PLACIDO V. cuando afirma que por política legislativa debe permitirse la vigencia de la figura del hijo alimentista, ya que al no haberse eliminado las presunciones del Código Civil – artículo 402 – debe mantenerse la figura por si ha alguna madre se le ocurre demandar en base ha presunciones<sup>169</sup>. El sistema de presunciones ha quedado desfasado por la contundencia de la prueba genética, en ese

---

<sup>167</sup> *Ibidem*, pág. 256

<sup>168</sup> *Ibidem*, pág. 256

<sup>169</sup> *Ibidem*, pág. 433



sentido la política legislativa debe estar orientada a purgar este error y no ha mantenerlo.

En apoyo a lo anteriormente descrito, un proceso de estas características como el del hijo alimentista altera la dimensión psíquica o emocional del menor, pese a que puedan llegar a satisfacer las expectativas materiales. Se está primando el interés de la madre, no el interés del hijo<sup>170</sup>.



---

<sup>170</sup> GUZMÁN ZAPATER, Mónica. El derecho a la investigación de la paternidad (En el proceso con elemento extranjero), Editorial Civitas, Madrid, 1996. pág. 33

### CAPÍTULO III

## **BASES PARA UN SISTEMA UNÍVOCO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL**

### **LA TUTELA ÚNICA DENTRO DEL MARCO CONSTITUCIONAL**

#### **SUMILLA**

1. TUTELA DE PROTECCIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.
2. SANCIONES POR EL DAÑO. 3. ACCIÓN OFICIOSA. ....

#### **OBJETIVOS**

1. Apreciar la necesidad de la protección del hijo extramatrimonial, a través de un sólo Sistema de Investigación de la Paternidad.
2. Establecer la necesidad de la exclusión de la figura del Hijo alimentistas, que era propia del sistema de presunciones.
3. Advertir la ocurrencia de daños y la necesidad de la intervención del Estado para accionar la investigación de la paternidad

#### **1. TUTELA DE PROTECCIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

Siguiendo la línea principal que ha inspirado el presente trabajo, el sistema de tutela del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado debe estar orientado a eliminar los obstáculos que impiden la declaración judicial de paternidad. El actual procedimiento de declaración judicial de paternidad previsto en la Ley N° 28457 de enero de 2005 es eficiente para este propósito, sin embargo, queda el hecho que el Código Civil actual mantiene dos sistemas de prueba de la filiación, el sistema de presunciones y el sistema objetivo de la prueba genética, conforme lo expresado en este trabajo, el sistema basado en presunciones ha quedado desplazado por la introducción de la prueba

genética, aún cuando no se haya realizado una derogación de los otros cinco supuestos previstos en el artículo 402 del Código.

## 2. SANCIONES POR EL DAÑO

Asimismo, creemos que debe existir una norma de apoyo al actual sistema de protección del derecho a la identidad personal, apoyo que no está referido a la subsistencia de la figura del hijo alimentista, sino más bien, a la implantación de un deber legal de la madre de emplazar oportunamente al progenitor del hijo extramatrimonial. Como quiera que el remedio en una sociedad como la nuestra necesita estar reforzado por un imperativo o una sanción, consideramos que la inobservancia del deber legal de la madre de emplazar oportunamente la filiación debe ser la misma sanción que se le impone al padre que es forzado judicialmente a la declaración de paternidad, es decir, debe privársele de derechos alimentarios y sucesorios respecto de su menor hijo, como incentivo para que procure ser diligente y realice un oportuno emplazamiento de la filiación. Soluciones distintas, como la pérdida de la patria potestad, son demasiado punitivas y fuera de la realidad, ya que, si el padre que es forzado a la declaración judicial pierde el derecho de patria potestad o tenencia del menor, hacer lo mismo respecto de la madre, implicaría en los hechos que la persona a quien se quiso proteger termine siendo la más afectada, ya que no tendrá a ninguno de sus padres para la protección y cuidado que él necesita.

Por su parte, en cuanto a la figura del hijo alimentista, esta debe perder su autonomía, es decir, debe dejar de ser una norma de apoyo de carácter independiente que tácitamente asigna un derecho de elección en la esfera de la madre, para elegir entre una declaración judicial de paternidad o una pretensión de alimentos. Los beneficios de la pretensión alimentaria del hijo alimentista deben ser encausados hacia una tutela cautelar, es decir, debe poderse peticionar alimentos dentro de un proceso de declaración judicial de paternidad, en base al supuesto del hijo alimentista y sólo debe



tener vigencia la tutela durante la duración del proceso, en atención a una política legislativa que reconoce que muy a pesar de la rapidez que se propugna en la norma que contiene el procedimiento de declaración judicial de paternidad, la realidad judicial nos indica que el proceso tomara un tiempo, tiempo que produce indefensión para el hijo extramatrimonial.

Sin perjuicio de lo antes señalado, queda claro que existen razones atendibles para sostener que la figura del hijo alimentista produce un incentivo perverso en la psiquis de la madre, hecho que provoca a su vez que esta pueda cometer el error de diferir el conocimiento de la filiación de su menor hijo y con ello producir daños en la esfera del menor. Queda claro que la responsabilidad civil es siempre subjetiva, a título de culpa, cubre tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales y se rige por el actual sistema de responsabilidad civil del Código con las particularidades de lo que hoy se llama la responsabilidad civil familiar. No debe olvidarse que los daños no sólo se producen en la esfera de la madre, es también el padre quien puede ocasionar daños si se logra probar su mala fe. En todo caso cabe evaluar, si esta reparación se difiere en el tiempo hasta que el menor obtenga su mayoría de edad o si por el contrario se puede entablar acción directa en contra de los progenitores. Consideramos que no existe incompatibilidad para sostener que la responsabilidad es directa y que puede solicitarse la intervención de un procurador público, en este caso el Fiscal de Familia, ya que la defensa de la legalidad es una de las funciones del Ministerio Público. Consideramos que no debe ampliarse esta facultad a terceros porque se terminaría distorsionando el derecho de daños innecesariamente.

### 3. ACCIÓN OFICIOSA

Por su parte, la representación oficiosa planteada en la norma legal, que faculta al Ministerio Público o a quien tenga interés en el establecimiento de la filiación, nos parece una solución adecuada, ya que sobre todo, lo que debe buscarse es dar término al *status* de hijo no reconocido ni

declarado, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en su caso se pudiera establecer. Por encima de todo debe asegurarse la protección del derecho fundamental a la identidad personal, esta precisión eleva la protección a rango constitucional y le da su verdadera magnitud, ya que considerarlo solo como una acción de filiación sujeta al área del Derecho Civil ha propiciado la ocurrencia de daños en la esfera del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Existe una distorsión en la investigación de paternidad extramatrimonial en el vigente Código Civil de 1984, debido a la coexistencia y superposición de dos sistemas de investigación de paternidad extramatrimonial, disímiles en función de bases teóricas, del resultado obtenido y el actual estado de la ciencia. A saber, el sistema basado en presunciones y el sistema basado en la certeza del resultado obtenido a través de la prueba genética de ADN. La admisión de la prueba genética de ADN, con respaldo científico, desplaza en los hechos por la certeza del resultado obtenido al anterior sistema basado en presunciones cuyo origen lo encontramos en el derecho romano, aún cuando jurídicamente coexistan ambos sistemas de investigación de paternidad dentro del Código.

**SEGUNDA:** Con la primacía del Sistema de Investigación de la Paternidad, basado en las pruebas científicas, en la actualidad no se justifica la norma de apoyo que ofrece la figura jurídica del 'hijo alimentista' concebida para un sistema basado en presunciones –débil por la certeza del resultado obtenido–, debido al grado de certeza que ofrece la prueba genética de ADN; por lo que esta institución jurídica carece ya de utilidad frente al actual estado de la ciencia para determinación de la paternidad extramatrimonial.

**TERCERA:** El origen del problema o distorsión, se debe básicamente a que el contenido esencial o sustancial del Derecho a la Identidad Personal tuvo su origen con posterioridad a la entrada en vigencia del actual Código 1984, valga decir, fue la Constitución Política de 1993, la que le dio contenido y después la jurisprudencia. Además, las subsecuentes modificaciones introducidas por las leyes N° 27048, ya en 1999, y la Ley N° 28457 en el 2005, agravaron el problema ya que no desplazaron al sistema anterior basado en presunciones y pruebas de escasa certeza en la prueba de la filiación y tanto más que subsistió la figura del Hijo Alimentista.

**CUARTA:** Con el contenido esencial del derecho a la identidad personal, ahora con rango Constitucional y con sus componentes –estático y



dinámico— desarrollados por la doctrina, toda alteración, modificación o supresión de este derecho o de sus componentes, supone la producción de daños en su esfera personal; vulneración que puede provenir de la sociedad ó de sus padres ó de ambos, inclusive de la madre que ejerce la custodia del menor y que retarda injustificadamente el emplazamiento de la declaración judicial de paternidad.

**QUINTA:** En el mismo sentido la subsistencia de la figura jurídica del hijo alimentista, antes considerada norma de apoyo al sistema anterior, basado en presunciones de paternidad, es hoy fuente de daños por incentivar la falta de emplazamiento oportuno de la filiación extramatrimonial y mantener en el tiempo un indeseable status de hijo alimentista, en lugar de la búsqueda o goce del Derecho a la Identidad.

**SEXTA:** En este orden de ideas observamos la necesidad de un sistema unívoco de declaración judicial de paternidad como parte del sistema de tutela del derecho a la identidad del hijo extramatrimonial no reconocido, basado en las pruebas genéticas o científicas, haciendo notar que en la aplicación sistemática de las normas procesales puede aplicarse las cautelas generales para tutelar cualquier demora, ello muy a pesar de la rapidez que se propugna en la norma, pues, siempre la realidad tiende a superar la previsión normativa.

**SETIMA:** Jurisprudencialmente, vemos que Cortes de Justicia no han podido desarrollar las bases del contenido esencial del derecho a la identidad, aún pervive el criterio de identidad estático que posa sus ojos en el bienestar patrimonial que puede alcanzar el hijo no reconocido. En el caso de la figura del hijo alimentista, hemos descubierto la existencia de inconsistencias del procedimiento y claras vulneraciones al derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado, a saber, el funcionamiento del proceso de hijo alimentista como un proceso alterno de búsqueda de filiación, el incentivo de la falta de emplazamiento oportuno de la filiación, el reconocimiento del *status* de hijo alimentista.

## **APORTE JURÍDICO**

### **PROYECTO DE REFORMA**

### **CÓDIGO CIVIL DE 1984 (1)**

#### **LIBRO III**

#### **Derecho de Familia**

#### **TITULO II**

#### **Filiación extramatrimonial**

#### **Capítulo Segundo**

#### **Declaración judicial de filiación extramatrimonial**

#### **Artículo 402º.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial**

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

(...)

#### **Artículo 407º.- Titulares de la acción**

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. La madre, aunque sea menor de edad, puede ejercerla en nombre del hijo. El Estado proveerá las facilidades del caso, otorgando auxilios judiciales de ser necesarios. Son civilmente responsables las personas que ejerciendo la tenencia del hijo extramatrimonial retardan injustificadamente la investigación de la paternidad del menor. El juez evaluara la responsabilidad civil teniendo en cuenta el transcurso del tiempo

desde que se encontraba expedita la oportunidad del emplazamiento y la fecha en la cual se realiza el mismo.

### **Capítulo Tercero**

#### **Hijos alimentistas**

#### **Artículo 415º.- Derechos del hijo alimentista**

**DEROGADO**

#### **Ley N° 28457 (2)**

#### **LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE**

#### **PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL**

#### **Artículo 6º.- Tutela cautelar del alimentista**

El hijo extramatrimonial puede reclamar vía medida cautelar de su presunto progenitor una pensión alimenticia.



## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR LLANOS, Benjamín, La familia en el Código Peruano, Ediciones Legales. Lima. Segunda Edición 2008.
- ARIANO DEHO, Eugenia. “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal? En Actualidad Jurídica, T. 134, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2005.
- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Luces y sombras del Código Civil*, T. I, Studium, Lima, 1991
- ARIAS SCREIBER PEZET, Max, Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Derecho de Familia – Sociedad Paterno Filial, T. VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- BENJAMIN LLANOS, La Familia en el Código Civil Peruano, Ediciones Legales. Segunda Edición. Lima.
- BORDA, Tratado de Derecho Civil. Familia, T. II, Lima, 1997.
- BOSSET, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989.
- BREBBIA, Roberto, El Daño Moral en las Relaciones de Familia, en Derecho de Familia, libro homenaje a la Prof. Dra. Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.
- BUENO RINCÓN, Enrique Fabio, La Investigación de la Filiación y las Pruebas Biológicas, 2da Edición, Santa Fé de Bogotá, 2001.
- Congreso Derecho Familia, Ponencia: La Reforma del Régimen Jurídico de la Filiación en nuestro derecho. La Verdad Biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad, Madrid, 2005.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, 10ª edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, abril 1999.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, Derecho Familiar Peruano, T. I y II, Librería Studium Editores, 5ta edición, Lima, 1994.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano, 6ta edición, Librería Studium, Lima, T. 2; 1987.
- ENGELS, Federic, El origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado, Perú Andino, Lima, 1988.
- ESPÍN CANOVAS, Diego, Los Derechos de la Personalidad Familiar, En KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El derecho de familia y los nuevos paradigmas, T. I, Rubinzal – Allzioni Editores, Buenos Aires, 1999.

- ESPÍN CANOVAS, Diego. “Los Derechos de la Personalidad Familiar”, En KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, T. I, Rubinzal – Allzoni Editores, Buenos Aires, 1999
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Tratamiento de los derechos de la persona en el Código Civil Peruano, cit. DOGLIOTI, Editorial Huallaga, 2da Edición, Lima, 1998.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las Personas, 3ª edición, Editorial Huallaga, Lima, octubre de 2001.
- GACETA JURÍDICA, Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas, Derecho de Familia (Primera parte), T. II, Lima, 2003.
- GACETA JURÍDICA, Diálogo con la Jurisprudencia, Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial, N° 59 junio, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- GARCÍA DEL CORRAL (traducción), Vid. Cuerpo del Derecho Civil, Buenos Aires, 2001.
- GARCÍA TOMA, Víctor. Los Derechos Humanos y la Constitución, Gráfica Horizonte, Lima, febrero de 2001.
- GUZMÁN ZAPATER, Mónica. El derecho a la investigación de la paternidad (En el proceso con elemento extranjero), Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- HAUSER – HUERT-WEILLER. La famille. Fondation et vie de la famille, en Ghestin. “Traité de droit civil”, Buenos Aires, 1998.
- IGLESIAS, Derecho Romano: Historia e Instituciones, 11º edición, Barcelona, 1994.
- INDACOCHEA MOSTAJO, Alberto G, Tesis: “La Filiación Extramatrimonial y las Pruebas Genéticas”, Universidad Nacional de San Agustín, 2002.
- LAURENT, Principios de Derecho Civil, T. 3, Madrid, 1997.
- Libro Homenaje a José LEÓN BARANDIARÁN, Cultural Cuzco, Lima, 1985.
- LLANOS AGUILAR, Benjamín, La Familia en el Código Civil Peruano, Ediciones Legales, Segunda Edición, 2008.
- MARTEL CHANG, Rolando, Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro, Actualidad Jurídica, T. 138, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- MARTÍNEZ HAGUE, Carlos, La Filiación Ilegítima en el Derecho Civil Peruano, 1º edición, Buenos Aires, 1999.
- MARTINEZ y VIERA. “El destinatario de una medida autosatisfactiva y el proceso de estructura monitoria”. En Medidas Autosatisfactivas, Rubinzal. Culzioni Editores, Buenos Aires, 1999.
- MENDEZ COSTA. La Filiación. Tratado de derecho Civil. Ed. La Ley. Buenos Aires. 1963.

- MESÍA, Carlos, Derechos de la persona. Dogmática Constitucional, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004.
- MIZRAHI, Mauricio L., Familia, matrimonio y divorcio, 1° edición, ASTREA, Buenos Aires, 2004.
- MIZRAHI, Mauricio L., Identidad filiatoria y pruebas biológicas, Editorial ASTREA, 1° Edición, Buenos Aires, 2006.
- MORGAN, Lewis Henry, La Sociedad Primitiva, Traducido por Alfredo L. Palacios, 1ra Edición, Ediciones Pavlov, México D.F., 1935.
- PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, Editorial Idemsa, Lima, 2008.
- PERALTA ANDIA, Javier Rolando, Derecho de Familia en el Código Civil, 2ª edición, IDEMSA, Lima, 1995.
- PERALTA ANDÍA, Javier, Derecho de Familia en el Código Civil, 3ra. Edición, Idemsa, Lima, 2002.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 6ª edición, TECNOS S.A., Madrid, 1999.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, Sobre los valores fundamentales de los Derechos Humanos, en: Polo, Luis Felipe, Fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos, Arte Nativas, Guatemala, 2003.
- PÉREZ-PRENDES y MUÑOZ DE ARRACO, Historia del Derecho español, Vol. II, Madrid, 1999.
- PLACIDO V., Alex F., El Derecho a la Integridad Personal en la Doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, Colección Biblioteca Jurídica Contemporánea N° 1, San Marcos, Lima, 2004.
- PLACIDO V., Alex F., Filiación y Patria Potestad. En la Doctrina y Jurisprudencia, Gaceta Jurídica S. A., Lima, 2003.
- PLANIOL – RIPERT, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, T.2, Buenos Aires, 1992.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, 2da Edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2002
- REAL ACADEMÍA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Espasa, Lima, 2005.
- REVOREDO DE DEBAKEY, Delia, Código Civil IV, Exposición de Motivos y Comentarios. Título Preliminar, Derecho de las personas, Acto Jurídico, Derecho de Familia, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985.



- RUBIO CORREA, Marcial, Estudio de la Constitución Política de 1993, T. I y II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, febrero de 1999.
- VALDIVIA CANO, Juan Carlos. *La Caja de Herramientas (Introducción a la Investigación Jurídica)*, Edición financiada por la Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 1998.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Divorcio, Filiación y Patria Potestad, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, El Proceso de Filiación Extramatrimonial. Moderno tratamiento legal según la Ley N°28457, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2006.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Filiación, derecho y genética: aproximaciones a la teoría de la filiación biológica, Universidad de Lima, Fondo de Cultura Económica, Lima, 1999.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y SIVERINO BAVIO, Paula, Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas Derecho de Familia, T. II, Gaceta Jurídica, 1ra Edición, Lima, 2004.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, El Proceso de Filiación Matrimonial, Editorial Gaceta Jurídica S.A. 1ra Edición, Lima, 2006.
- VASQUEZ GARCÍA, Yolanda, Derecho de Familia, Editorial, Lima, 1998.
- WITKER, Jorge. *La Investigación Jurídica*, McGRAW – HILL, México, 1995.
- ZANNONI, Eduardo A, Adopción plena y derecho a la identidad personal, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. El derecho de familia y los nuevos paradigmas, T. I, Rubinzal – Allzioni Editores, Buenos Aires, 1999.

## HEMEROGRAFÍA

- RIANO DEHO, Eugenia. “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal? En Actualidad Jurídica, T. 134, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2005
- DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial, Gaceta Jurídica, N° 59, Lima, agosto 2003
- DIARIO OFICIAL “EL PERUANO”, Separata Especial de Sentencias de Casación: 24 de abril de 2007, 3 de julio de 2006, 30 de noviembre de 2005 (Casación N° 3237 – 99 – Lima, Casación N° 2625 – 99 – Huaura), 1 de agosto de 2006, 30 de junio de 2003, el 31 de julio de 2002, el 6 de abril de 2001, 3 de diciembre de 1998.
- DIARIO OFICIAL “EL PERUANO”. Separata especial de Sentencias en Casación, Lima, enero de 2000 hasta diciembre de 2007
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Daño a la identidad personal”, En THEMIS, Revista de Derecho PUCP, N° 36, Lima, 1997.

- LANDA ARROYO, César, Dignidad de la persona humana, En IUS ET VERITAS, Revista de Derecho PUCP, N° 21, Lima, 2000.
- MARTEL CHANG, Rolando. "Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro". En Actualidad Jurídica, T. 138, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2005
- Separata especial de Sentencias en Casación del Diario Oficial "El Peruano", del año 2001 al 2007, ubicadas en el fondo bibliográfico de la Biblioteca del Colegio de Abogados de Arequipa, Enero de 2008.
- TRIBUNAL CONTITUCIONAL DEL PERÚ. Jurisprudencia 1997 – 2007, <http://www.tc.gob.pe>

#### **DIRECCIONES ELECTRÓNICAS WEB**

- <http://sosten-antisistema.blogspot.com/2007/09/que-es-el-patriarcado.html>.
- <http://wikipedia.org>
- Página web del Webster's Dictionary
- Página web del Tribunal Constitucional del Perú: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)
- PLÁCIDO, Alex, La Evidencia Biológica y la Presunción de Paternidad. PUCP, Setiembre, 2008. <http://blog.pucpág.edu.pe/item/32324>
- Universidad Nacional de Córdoba.  
<http://www.efn.uncor.edu/dep/biologia/intrbiol/genet1.htm>.  
También en <http://www.dicciomed.es/php/diccio.php?id=3529>.
- VERLUSSCONNI, Alejandra. Derecho Romano, 2004.  
<http://derechoromano.blogia.com/2004/092501-justiniano-i.php>.





UNIVERSIDAD  
**CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

**ESCUELA DE POST GRADO**

**MAESTRIA EN DERECHO DE FAMILIA**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

**“TUTELA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN LOS  
PROCESOS DE FILIACION EXTRA-MATRIMONIAL A PARTIR DE LA  
VIGENCIA DE LA LEY 28457:**

**PRESUNCIONES Vs PRUEBA DE ADN”**

**Presentado por el Bachiller en Derecho  
JAVIER EDUARDO FERNÁNDEZ DÁVILA MERCADO  
Para optar el grado académico de  
Magíster en Derecho Civil**

**AREQUIPA - PERU  
2010**

## CONTENIDO

Preámbulo.....	3
----------------	---

### I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. Problema de investigación.....	4
1.1 Enunciado del Problema.....	4
1.2 Descripción del Problema.....	5
1.3 Análisis de Variables.....	6
1.4 Interrogantes Básicas.....	7
1.5 Justificación.....	7
2. Marco Conceptual.....	8
3. Objetivos.....	11
4. Antecedentes investigativos en la U.C.S.M.....	12
5. Hipótesis.....	12

### II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Método, técnicas y instrumentos.....	14
2. Campo de Verificación.....	16
3. Medios.....	17
4. Cronograma de Trabajo.....	19

III. Bibliografía Inicial.....	20
--------------------------------	----

Anexos: Instrumentos de recolección de información.....	22
---	----

## PREÁMBULO

El conocimiento y el perfeccionamiento del Derecho es la motivación más grande de todo investigador jurídico. Las innovaciones tecnológicas y los cambios en las instituciones jurídicas son la materia prima de los investigadores jurídicos, quienes pretendemos conocerlas e interpretarlas de la mejor manera, atendiendo a las necesidades e intereses legítimos de las personas en un determinado momento histórico.

La necesidad de armonizar el sistema de tutela de los hijos extramatrimoniales no reconocidos con el derecho fundamental a la identidad personal de éstos últimos, resulta un camino indiscutible en la labor de reforma y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico peruano, y como Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, poseer mejores mecanismos de tutela para los hijos extramatrimoniales no reconocidos, no sólo facilita la administración de justicia sino que a la vez satisface la necesidad de proveer de justicia en paz social para todos los ciudadanos que acceden a la administración de justicia.

La investigación que pretendo dar inicio satisface mis aspiraciones académicas y profesionales, me otorga la oportunidad de brindar mayores beneficios a la sociedad, al tratar de resolver el problema jurídico planteado armonizando las instituciones jurídicas civiles que serán materia de estudio con el desarrollo de los principios o derechos fundamentales que tiene toda persona humana, y en este especial caso, los hijos extramatrimoniales no reconocidos.

***El Maestrísta.***



## PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

### I. PLANTEAMIENTO TEORICO

#### 1. Problema de investigación

##### 1.1. Enunciado del problema

**“TUTELA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN LOS  
PROCESOS DE FILIACION EXTRA-MATRIMONIAL A PARTIR DE  
LA VIGENCIA DE LA LEY 28457:  
PRESUNCIONES Vs PRUEBA DE ADN”**

##### 1.2. Descripción del Problema

El problema de investigación está ubicado en el Derecho de Civil, más propiamente en el Derecho de Familia, así vemos que en la actualidad, la tutela del Derecho a la Identidad Personal de menor de edad no reconocido ha sufrido cambios en su dinámica probatoria y procesal, es decir, los medios para probar la paternidad extramatrimonial han mejorado por el uso de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas y el proceso judicial ha sido agilizado para la obtención de una decisión judicial en el menor tiempo (sumaria) a través de la Ley N° 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial expedida en el mes de Enero de 2005.

Que duda cabe, la tendencia se dirige hacia al pleno respeto al Derecho a la Identidad de la persona, como es de verse además la Ley 28439, por la cual el juez en el proceso de alimentos, ante el reconocimiento del obligado dispondrá inscripción de reconocimiento; o la Ley 28720, que permite a la madre, al realizar la inscripción del nacimiento, inscribir la partida, sindicar el nombre del presunto padre o la Ley 29032, que

dispone la extensión de una nueva partida en casos de un reconocimiento posterior a la inscripción. Estos avances crean nuevos retos, centrando la discusión en el conflicto con otros Derechos Constitucionales, como lo son el Derecho a la Libertad, Derecho de Defensa, Derecho Presunción de Inocencia, Derecho a la Intimidad etc. discusión que constituye arduo debate doctrinario y cuya solución de alguna manera la tiene la jurisprudencia.

Por otro lado, en su anterior dinámica, la Determinación de la Filiación Extramatrimonial y con ella el Derecho a la Identidad, estaba sujeta a una dinámica probatoria no muy certera, con un procedimiento judicial engorroso, basado en *presunciones* de casi imposible probanza, es tanto así, que a modo de suplir estas deficiencias y dejando de lado la tutela al Derecho a la Identidad del menor, al legislador no le quedo mas opción que centrarse en suplir solamente el derecho alimentario en base, ya no a una *presunción*, sino a solamente una *posibilidad* de haber tenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción, para imputar la obligación alimentaria a través del proceso que conocemos como hijo alimentista.

Vistos así los hechos, es decir la mejora sustancial del Sistema de Protección del Derecho a la Identidad del hijo no reconocido, cabe preguntarse, si aún resulta justificada la co-existencia de un sistema eficaz y certero sustentado en pruebas genéticas o científicas y un sistema sustentado aún en *presunciones* para determinar la paternidad o *posibilidades* para cubrir el derecho alimentario.

No se trata meramente de un conflicto doctrinario, ni mucho menos, pues, con los cambios producidos se ha creado un proceso ágil, moderno sui generis (ex-code), creado para dar solución al problema social de la paternidad extramatrimonial, donde solo es admisible las pruebas genéticas o científicas y tramitado por ante el juez de paz y como contraparte encontramos la subsistencia de otro proceso, de conocimiento, basado en las *presunciones* aun vigentes (Art.402 del

C.C. ., incisos 1 al 5), que podría neutralizar el avance pretendido y aun peor, se podría permitir a la madre optar por pretender una pensión alimenticia de su hijo cuya paternidad es incierta; sin que a la vez le preocupe resolver la incertidumbre sobre la identidad personal de su menor hijo y a su vez imputar o sancionar legalmente a una persona la obligación de prestar alimentos a favor de un menor edad sobre el cuál aún no se ha determinado si es o no su hijo, ello con la subsistencia, también del Proceso de Hijo Alimentista (Art. 415 y sgts del C.C.).

En este sentido, el sistema de protección del menor de edad no reconocido debe ser evaluado y mejorado en su integridad para la existencia de un Sistema Univoco de Tutela del Derecho a la Identidad que armonice con el contenido constitucionalmente protegido del Derecho a la Identidad Personal y se le pueda fortalecer y mejorar teniendo en cuenta aportes como el del Derecho Brasileño que los dispone aún de oficio o el del Derecho de Costa Rica que crea un fondo a cargo del ejecutivo para solventar las pruebas genéticas, etc. lo cual es precisamente el objetivo de la investigación que pretendemos llevar acabo.

**1.2.1. Campo:** Derecho.

**1.2.2. Área de conocimiento:** Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho de Familia.

**1.2.3 Línea:** Tutela del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido

**1.2.4 Tipo de investigación:** Jurídico Propositiva<sup>[1]</sup>

### 1.3. Análisis de Variables

#### Primera Variable Independiente

Tutela del derecho a la identidad



## Segunda Variable Dependiente

Sistema de Presunciones

## Tercera Variable Dependiente

Sistema de Pruebas Biológicas y Científicas

### 1.3.1. Indicadores

Variables	Indicadores
1.- Tutela del Derecho a la Identidad	1.1. Derechos Fundamentales 1.2. Derechos de la Persona. Derecho a la Integridad Derecho a la Identidad Identidad Estática Identidad Dinámica Derecho a la investig.de la paternidad Derecho a la Verdad Biológica
2.- Sistema de Presunciones	2.1.- Presunciones para Filiación Titular de la acción Juez Competente Proceso Casos de procedencia 2.2. Posibilidad para Alimentos Generalidades
3.- Sistema de Pruebas Biológicas y científicas.	3.1. Determinación de Filiación Titular de la acción Juez Competente Proceso Certeza de la prueba genética

### 1.4. Interrogantes Básicas

1.- ¿Armoniza el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal con el Sistema de Filiación extra-matrimonial basado en las presunciones del Artículo 402 del C.C. y la figura legal del hijo alimentista?

2.- ¿Se justifica la independencia entre las instituciones jurídicas de filiación extramatrimonial y la figura jurídica del hijo alimentista?

3.- ¿Puede la madre del menor no reconocido optar por hacer uso de la figura legal del hijo alimentista sin vulnerar su derecho a la identidad personal y permitir que siga la incertidumbre sobre su identidad – paternidad?

5.- ¿Puede ampliarse la titularidad del derecho de protección a la identidad personal del menor de edad no reconocido al Ministerio Público, específicamente al Fiscal Provincial de Familia?

6.- ¿Se vulneran intereses legítimos de la persona obligada a prestar alimentos a favor del hijo alimentista?

### **1.5. Justificación del Problema**

La protección del derecho a la identidad personal del menor de edad no reconocido y el mejoramiento de los sistemas de tutela a su favor, son problemas humanos, que merecen la máxima atención por parte de los operadores jurídicos, ya que resulta indiscutible que la protección de derechos humanos garantiza un estándar de vida digna en sociedad y con mucha más urgencia cuando se trata de tutela de menores de edad que por su condición natural necesitan la protección del Estado y la sociedad.

La presente investigación está orientada a ubicar, describir y purgar las deficiencias en la técnica legislativa utilizada por el legislador peruano, en cuanto a la congruencia que debe existir entre el derecho a la identidad personal del menor de edad no reconocido y los sistemas de tutela a su favor, ofreciendo una respuesta dogmática y normativa al problema de investigación planteado, con la finalidad de perfeccionar el orden público a través del re examen de sus instituciones jurídicas.

## 2. Objetivos

### 2.1. Objetivo General:

- 2.1.1. Conocer el contenido esencial del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado y, si éste encuentra una adecuada tutela en el sistema jurídico de investigación de paternidad extramatrimonial.

### 2.2. Objetivos Específicos:

- 2.2.1. Determinar si el sistema jurídico actual señala las bases para determinar el contenido esencial del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido.
- 2.2.2 Conocer si la jurisprudencia nacional ha ofrecido un concepto de derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido.
- 2.2.3 Analizar el actual sistema de investigación de paternidad extramatrimonial.
- 2.2.4 Proponer un concepto o contenido del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido.
- 2.2.5 Mejorar el actual sistema de investigación de paternidad extramatrimonial.

## 3. Marco Conceptual

### 3.1. Derechos Fundamentales

Se puede decir de los derechos fundamentales que “(...) aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”[\[2\]](#).



### 3.2. Derechos de la Persona

“Los derechos de la persona o derechos personalísimos son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona, por su sola condición de tal, de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría un desmedro o menoscabo de la personalidad”[3].

Dentro de la clasificación de los derechos de las personas, el derecho a la identidad personal se encuentra ubicado según el siguiente detalle:

“2) *Derechos tutelares del desenvolvimiento de persona en cuanto tal*

2.1 *Derecho a la libertad*

2.2 *Derecho a la identidad*

2.3 *Derecho al honor*

2.4 *Derecho al secreto, reserva o vida privada*

2.5 *Derecho a la imagen y a la voz*”[4]

A decir de **DE BELAUNDE**, el rol de los jueces en cuanto al respeto de los derechos de las personas, debe tener presente que, “Si el Poder Judicial, en los hechos, en los casos concretos, no entiende la normatividad del Código Civil como imperativa, sino como una especie de prólogo más o menos indiscutido de una norma legal de jerarquía, los derechos de la personalidad serán una proclamación más o menos lírica; pero que no tendrán una repercusión concreta en la vida de las personas. Esta actitud habrá prolongado y acentuado, con la gravedad del caso, la desconfianza en el sistema legal. Igual efecto tendrá si el Poder Judicial, y con él los abogados, no comprendemos que la labor del legislador está inconclusa, y que en esta materia, como en otras, la vigencia del Derecho está pendiente de una actitud creadora que no puede asumir neutralidad ante los valores e intereses en conflicto”[5].

### 3.3. Derecho a la Identidad Personal

“El derecho a la identidad personal es una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática), en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros, así como la proyección social (identidad dinámica), vale

decir, el conglomerado ideológico de una persona, sus experiencias, sus vivencias, tanto su ser como su quehacer”[6].

También es “(...) entendido como el que tiene todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos. Una de las facetas más relevantes de este derecho es el derecho de todo niño a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad, y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

El derecho de toda persona a conocer su identidad de origen goza de reconocimiento como un derecho constitucional explícito (artículo 2, numeral 1, de la Constitución de 1993), que se ve complementado con la incorporación a nuestra legislación nacional de la Convención sobre los Derechos del Niño; por ello, el derecho a la identidad, en este aspecto, es un derecho de fundamento constitucional expresamente reconocido”[7]

En la sentencia T-477/95 de la Corte Constitucional de Colombia se estableció que:

*“Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquélla (...) en el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás (...) En la identidad de las personas no cabe determinismo extraño (...) En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la identidad de su hijo”[8].*

*“En relación al nombre [elemento integrante del derecho a la identidad personal], la exposición de motivos del Código Civil señala que el nombre es la manera de designar individualmente a una persona; constituye un derecho y un atributo de ella.*

En la actualidad la doctrina civil coincide en configurar el derecho al nombre como una materia de orden público, en tanto que a la sociedad le interesa poder designar de forma clara y sin confusión a los miembros que la integran, porque permite la distinción de la propia individualidad.

El artículo 19° del Código Civil señala que el nombre incluye los apellidos. De este modo, el nombre está compuesto por dos elementos: (a) el nombre individual, nombre propio o prenombre y (b) los apellidos.

Respecto a los apellidos éstos son elementos esenciales del nombre, ya que definen la identidad de la persona. Por ello, toda persona tiene derecho a llevar apellidos de sus padres, debiendo dicha regla regir tanto para hijos matrimoniales como extramatrimoniales”[9].

### 3.4. Filiación

“La investigación de la paternidad es de interés fundamental para el Estado, de allí que se preste especial cuidado a la estructuración y ubicación de las acciones de filiación dentro del derecho público, a efectos de brindar las máximas seguridades y cautela a estas medidas judiciales destinadas a encontrar la relación de familia”[10].

“En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, de allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición legal (declaración judicial) son los medios de establecerla”[11].

### 3.5. El Hijo Alimentista

Es la acción alimentaria del hijo extramatrimonial no reconocido no declarado. Se funda en el derecho a la vida que tiene todo ser humano por el hecho de serlo. Alguien ha de proveer, pues, a la subsistencia de ese hijo sin padres, de ese ser privado de *status familiae* y del amparo de la patria potestad; y ese alguien, allí donde no es el Estado mismo – por no permitirle su organización socio política o sus recursos –, no puede ser otro que aquél a quien, no con certeza y ni siquiera con vehemente verosimilitud o probabilidad, mas sí con razonable posibilidad, puede reputarse como el progenitor, por haber mantenido relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción[12].

## 4. Análisis de Antecedentes Investigativos en la U.C.S.M.

No se encontraron antecedentes de la presente investigación.



## 5. Hipótesis

Si en el actual sistema jurídico de tutela del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido coexisten y superponen sistemas de investigación de paternidad extramatrimonial disímiles (sistema de presunciones vs. sistema basado en la certeza de la prueba de ADN). A lo que se agrega, que el contenido esencial del derecho a la identidad personal es posterior a la creación del mencionado sistema de investigación de paternidad extramatrimonial.

Es probable que, exista un divorcio entre el actual contenido del derecho a la identidad personal del hijo extramatrimonial no reconocido y el sistema que sirve para tutelarlos, la declaración judicial de paternidad y la figura del hijo alimentista. Situación que arrastra consigo la vigencia de la figura jurídica del hijo alimentista pensada en términos de un sistema basado en presunciones de escasa certeza de paternidad extramatrimonial, que mantiene a la persona humana en un status de hijo alimentista, hoy fuente de daños a la identidad personal, ya que no se justifica su vigencia por la existencia de la prueba de ADN que incentiva la búsqueda de la verdadera paternidad extramatrimonial y destruye el mencionado status de hijo alimentista, inconstitucional en sustancia.

## II. PLATEAMIENTO OPERACIONAL

### 1. Método, técnicas y instrumentos

#### a) Método

El método empleado para la presente investigación reúne elementos del método funcional de investigación jurídica y el método dogmático de investigación jurídica. Es decir, comenzaremos el inicio de la

investigación con la búsqueda documental de la dogmática jurídica en torno al tema de investigación propuesto. Haremos una búsqueda en las bibliotecas de la ciudad de Arequipa con la finalidad de tener un marco teórico suficiente que refuerce nuestras argumentaciones. Consultaremos obras de autores nacionales y extranjeros que abordan la temática, con la finalidad de reforzar nuestros propios argumentos.

Junto con ello realizaremos el análisis de la legislación comparada sobre filiación extramatrimonial y la figura jurídica del hijo alimentista, con la finalidad de conocer las diversas soluciones normativas que existen en torno al tema de investigación. Además, de realizar un estudio y análisis de la jurisprudencia nacional para conocer como en la actualidad los jueces peruanos entienden el fenómeno jurídico y como resuelven los casos referidos a la declaración judicial de filiación extramatrimonial y la figura jurídica del hijo alimentista.

## **b) Técnicas e instrumentos**

1) La Primera Técnica de recolección de datos será la del Fichaje, mediante la cual se recolectará y ordenará la información jurídica - documental necesaria para la defensa de la tesis, como por ejemplo se recolectaran y ordenaran las diferentes teorías de los juristas nacionales y extranjeros que han tratado el problema de investigación.

Para lo cual se usarán de instrumentos las diferentes clases de Fichas: Bibliográficas y de Trabajo: Textuales, Resumen, Paráfrasis, Mixtas, para así poder lograr de una manera ordenada y sistemática el mejor análisis crítico de la información obtenida a fin de presentar una tesis objetiva, facilitando la mejor utilización de la información. Por ser una investigación eminentemente documental, la técnica y los instrumentos elegidos son los idóneos para esta investigación jurídica.

2) En segundo lugar se usará el “Cuaderno de Investigación” o “Libreta de Anotaciones”, en donde a lo largo de la etapa de recolección de datos

y análisis de la información recolectada, se anotarán las posturas propias del investigador y los argumentos necesarios para la sustentación de la “tesis” propuesta, en el trabajo de investigación. Para lo cual se empleara como instrumento un cuaderno cuadriculado de 96 hojas para dicho fin.

Asimismo, se usará para sistematizar la información contenida en las dos técnicas anteriormente descritas un procesador de textos, que ayudará al vaciado de la información en borrador de tesis y en el informe final de investigación.

Para una mejor ilustración de las técnicas e instrumentos utilizados, mostramos a continuación un cuadro con las variables e indicadores y sus respectivas técnicas e instrumentos de recolección y análisis de la información que se obtendrá:

**CUADRO DE UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

Variables	Indicadores	Técnicas	Instrumentos
1.- Tutela del derecho a la identidad personal	1.1. Derechos Fundamentales 1.2. Derechos de la Persona. Derecho a la Integridad Derecho a la Identidad Identidad Estática Identidad Dinámica Derecho a la investig.de la paternidad Derecho a la Verdad Biológica	Fichaje     Cuaderno de Investigación	Ficha Bibliográfica Fichas de Trabajo Cuaderno Cuadriculado Procesador de Texto
2.- Sistema de Presunciones	2.1. Presunciones para Filiación Titular de la acción Juez Competente Proceso Casos de procedencia 2.2. Posibilidad para Alimentos Generalidades	Fichaje	Ficha Bibliográfica Fichas de Trabajo
3.- Sistema de Pruebas Biológicas y científicas	3.1. Determinación de Filiación Titular de la acción Juez Competente Proceso Certeza de la prueba genética	Cuaderno de Investigación	Cuaderno Cuadriculado Procesador de Texto



## 2. Campo de Verificación

### 2.1. Ubicación Temporal.- 2007 - 2009

### 2.2. Ubicación Espacial.- Arequipa – Perú

**2.3. Unidades de Estudio.-** Doctrina, Proyectos de Leyes, Dictámenes de las comisiones y Debates Parlamentarios. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1997 – 2007, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República 2000 – 2007, Constitución Política de 1993, Código Civil de 1984, normas conexas sobre derecho a la identidad personal.

## 3. Medios

### 3.1. Recursos Humanos

Denominación	N°	Costo Diario	Días	Costo Total
- Dirección de Proyecto y Ejecución	1	10.00	135	1350.00
- Colaboradores	1	20.00	90	1800.00
- Digitador / Diagramador de Gráficos	1	10.00	45	450.00
<b>TOTALES</b>	3	40.00		3600.00

### 3.2. Recursos materiales y bienes y servicios

Denominación	Cantidad	Costo total
Papel Bond	1000	24.00
Fichas	300	30.00
Cartucho de Tinta	02	70.00
Copias Fotostáticas	500	35.00
Anillados	03	9.00
Uso de Computadora	01	100.00
Movilidad	---	200.00
<b>TOTAL</b>		468.00

### 3.3. Costo total del proyecto y ejecución de investigación

Denominación	Costo Total
- Recursos Humanos	3600.00
- Recursos materiales y Bienes y servicios	468.00
<b>Costo Total General</b>	<b>4068.00</b>

### 4. Cronograma de trabajo

Tiempo 2007 Quincenas	Enero 1°	Enero 2°	Enero 3°	Enero 4	Febrer. 1°	Febrer. 2°	Febrer. 3	Febrer. 4
<b>Actividades</b>								
1.- Revisión de la bibliografía	X	X	X					
2.- Elaboración de fichas de estudio	X	X						
3.- Formulación de Planteamiento Teórico	X							
4.- Formulación del Planteamiento Operacional	X							
5.- Recolección de Datos	X	X	X	X				
6.- Estructuración de Resultados				X	X	X		
7.- Redacción de Informe Final					X	X	X	

### 5. Esquema provisional

Conclusiones

Bibliografía

### III. BIBLIOGRAFÍA INICIAL

- ALBALADEJO**, Manuel, *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. IV, 8ª Edición, Barcelona, 1997.
- ALZAMORA VALDEZ**, Mario. *Los Derechos Humanos y su protección*, 2ª edición, Lima, EDDILI, 1997.
- ARIAS – SCHREIBER PEZET**, Max, *EXEGESIS del Código Civil Peruano de 1984. Derecho de Familia, Sociedad Conyugal, El Matrimonio como acto, Relaciones personales entre los cónyuges, Régimen patrimonial, Decaimiento y disolución del vínculo*, T. VII, Lima, Gaceta Jurídica Editores S. R. L., 1997.
- AZPIRI**, Jorge O., *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi SRL, 2000.
- BORDA**, Guillermo, *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Perrot, 1964.
- BOREA ODRÍA**, Alberto. *Los Elementos del Estado Moderno. Tratado de Derecho Constitucional*, T. I, Lima, Editora HOCHMAN INTERNACIONAL S.A., 1994.
- BOSSERT**, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Astrea, 1989.
- CABANELLAS**, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 26ª Edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1998.
- CÓDIGO CIVIL**. Comentado por los 100 mejores especialistas, Lima, Gaceta Jurídica S. A., 2003.
- CORRAL TALCIANI**, Hernán, *Derecho y Derechos de la Familia*, Lima, Editora Jurídica GRIJLEY, 2005.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS**. *Los Derechos Humanos en el Umbral del Tercer Milenio: Retos y proyecciones*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1997.
- CORNEJO CHAVEZ**, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 10ª edición, Lima, Gaceta Jurídica Editores, abril 1999.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO**. *La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los hijos /as extramatrimoniales en la inscripción de nacimiento*, Informe N° 74, Lima, Adjuntía para los Derechos Humanos y las personas con Discapacidad, setiembre de 2003.
- DE TRAZEGNIES GRANDA**, Fernando – RODRIGUEZ ITURRI, Roger – CARDENAS QUIROS, Carlos – GARIBALDI, José Alberto (Editores), *La Familia en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.
- ESPINOZA ESPINOZA**, Juan. *Derecho de las Personas*, 4ª edición, Lima, Gaceta Jurídica, mayo 2004.
- RAMOS NUÑEZ**, Carlos. *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, 2da Edición, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2002.
- REAL ACADEMÍA ESPAÑOLA**, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Lima, Espasa, 2005.



**REVOREDO DE DEBAKEY**, Delia. *Código Civil IV. Exposición de Motivos y Comentarios. Título Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Derecho de Familia*, Lima, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, 1985.

**RUBIO CORREA**, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, T. I y II, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 1999, febrero de 1999.

**TAMAYO HERRERA**, José. *Como hacer la tesis en Derecho (Manual para los aspirantes al grado de Bachiller en Derecho)*, Lima, Centro de Estudios País y Región, 1990.

**PARRA BENÍTEZ**, Jorge, *Manual de Derecho Civil. Personas y Familia*, Bogota – Colombia, Editorial TEMIS, 1990.

**PERALTA ANDÍA**, Javier Rolando, *Derecho de Familia en el Código Civil*, 3ª Edición, Lima, IDEMSA, 2002.

**PEREZ LUÑO**, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª edición, Madrid, TECNOS S.A., 1999.

**PLACIDO VILCACHAGUA**, Alex F. *Filiación y Patria Potestad. En la Doctrina y en la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, marzo 2003.

**PLACIDO VILCACHAGUA**, Alex F., *Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio del Derecho de Familia*, 2ª Edición, Lima, Gaceta Jurídica S. A., 2002.

**PLACIDO VILCACHAGUA**, Alex F., *Manual de Derecho de Familia*, 2ª Edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2002.

**VALDIVIA CANO**, Juan Carlos. *La Caja de Herramientas (Introducción a la Investigación Jurídica)*, Arequipa, Edición financiada por la Universidad Católica de Santa María, 1998.

**VARSÍ ROSPIGLIOSI**, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*, Lima, GRIJLEY, 2004.

**WITKER**, Jorge. *La Investigación Jurídica*, México, MCGRAW – HILL, 1995.

Arequipa, 12 de enero de 2010.

[1] En este tipo de investigación “(...) Se trata de cuestionar una ley o institución jurídica vigente para, luego de evaluar sus fallas, proponer cambios o reformas legislativas en concreto”. WITKER, Jorge. *La Investigación Jurídica*. México: MCGRAW – HILL, 1995, p. 11

[2] PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª edición, Madrid, TECNOS S.A., 1999, p. 48

[3] PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. *Filiación y Patria Potestad. En la doctrina y en el jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, marzo 2003, p. 22

[4] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, 4ª edición, Lima, Gaceta Jurídica, mayo 2004, p. 166

[5] *Ibid.*, pp. 172. 173

[6] *Ibid.*, p. 253

[7] PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. *Op. cit.*, pp. 22, 23

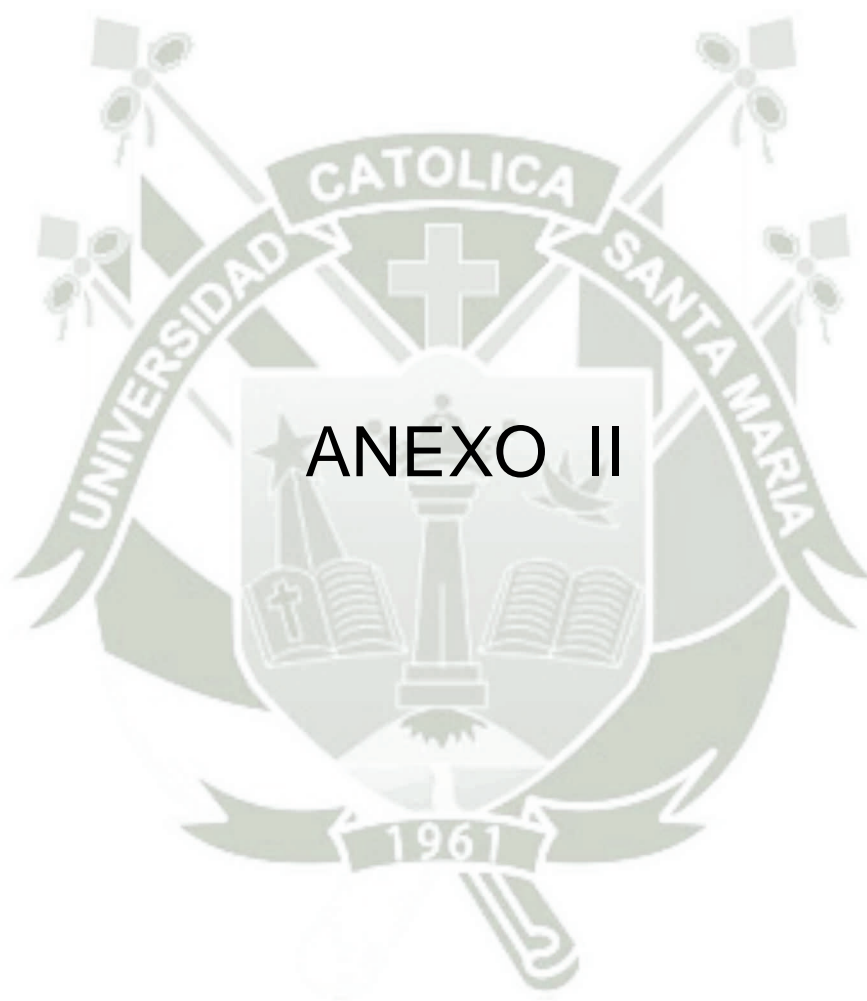
[8] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. cit.*, p. 248 y ss.

[9] DEFENSORIA DEL PUEBLO. La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los hijos /as extramatrimoniales en la inscripción de nacimiento, Informe N° 74, Lima, Adjuntía para los Derechos Humanos y las personas con Discapacidad, setiembre de 2003, p. 17


[10] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*, Lima, GRIJLEY, 2004, p. 139

[11] *Ibid.*, p. 100

[12] CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*, 10ª edición, Lima, Gaceta Jurídica Editores, abril 1999, pp. 509, 510



Principio del formulario

 <b>PROYECTO DE LEY</b> <i>Documento de Seguimiento</i> <b>CONGRESO DE LA REPUBLICA</b>	
<b>Ver Documentos de Ley Relacionados</b>	
Periodo:	Periodo de Gobierno 1995 - 2000.
Legislatura:	Primera Legislatura Ordinaria de 1996
Número:	02481
Fecha Presentación:	05/02/1997
Proponente:	CONGRESO DE LA REPUBLICA
Grupo Parlamentario:	
Título:	CODIGO CIVIL:0413-DL.295-JUICIO DECLARC.PATERNIDAD
Sumilla:	Modificando el artículo 413° del Código Civil -en los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos y la prueba del A.D.N.-.
Autores(*):	SALAZAR VARGAS JORGE
Seguimiento:	06/02/1997 A Comisión Justicia 10/02/1997 En Comisión Justicia 25/03/1997 Se Inhibe dictaminar Justicia 15/04/1997 A Comisión Reforma de Códigos 17/04/1997 En Comisión Reforma de Códigos 06/01/1998 A Comisión Mujer, Desarrollo Humano 07/01/1998 En Comisión Mujer, Desarrollo Humano 12/05/1998 Dictamen Mujer, Desarrollo Humano Favorable Mayoria 19/05/1998 Disp.de Dictamen 19/05/1998 Disp.de Dictamen 19/05/1998 Orden del Día 10/08/1998 Vuelve Comisión Justicia 10/08/1998 Vuelve Comisión Mujer, Desarrollo Humano 13/08/1998 En Comisión Justicia 17/08/1998 En Comisión Mujer, Desarrollo Humano 03/09/1998 Orden del Día 22/12/1998 Aprobado 28/12/1998 Autógrafa Sobre N°: 86-98 06/01/1999 Promulgado Ley N°: 27048
Iniciativas Agrupadas:	2588, 2591, 2708
Número de Ley:	Ley N°: 27048 06/01/1999 LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL REFERIDOS A LA DECLARACION DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD.
Título de la Ley:	LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL REFERIDOS A LA DECLARACION DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD.
Sumilla de la Ley	

(\*) Proyectos presentados por el Congresista

(\*\*) Proyectos de otros Congresistas a los que se ha adherido, son independientes de los Proyectos presentados por cada Congresista



**Proyecto de Ley Nro : 02481**

### ***Exposición Motivos***

#### **Fundamentos**

La filiación es la relación de parentesco que vincula a una persona con sus ascendientes y descendientes y restringidamente, la que vincula a los padres con los hijos. Esta última relación parental se denomina paterno-filial. Se puede distinguir en la filiación dos variedades básicas: la matrimonial y la extramatrimonial. De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 386 del Código Civil, hijo extramatrimonial es aquél concebido y nacido fuera del matrimonio. Tratándose de hijo extramatrimonial, el reconocimiento sólo se puede lograr de dos maneras

**El reconocimiento voluntario y el que requiere la declaración del Juez via proceso judicial. El problema radica en el momento que el padre o la madre de un hijo extramatrimonial se niega a reconocerlo sea porque existe alguna duda sobre el vínculo, o porque maliciosamente lo niega. Ante ello el hijo, directamente ó a través de su representante, tiene la posibilidad de acudir al Poder Judicial, para luego de practicadas las investigaciones, el Juez declara la paternidad ó maternidad extramatrimonial.**

El Código Civil vigente, acogió una innovación de singular trascendencia en el artículo 413, que establece la admisibilidad de la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica, en los procesos judiciales sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimoniales, norma que no existía en el Código derogado. En aquella época existía el consenso científico, sobre la seguridad de las pruebas de sangre, lo que motivó que la legislación la generalizara en la mayoría de países. Esta prueba de grupos sanguíneos está destinada a descubrir las exclusiones, siendo su objetivo probar la no paternidad, ya que no posee la propiedad de determinar la paternidad de una persona con relación a otra.

De esta manera, nuestro ordenamiento legal permite el ofrecimiento y actuación de la prueba, sólo cuando el presunto padre propone esclarecer su no paternidad y nunca cuando el presunto hijo intenta acreditar por ese medio la relación paterno filial. Dada la trascendencia de hechos controvertidos respecto a la declaración judicial de la paternidad ó maternidad extrajudicial y que el hecho tiene influencia en el aspecto psicológico, social y económico de los involucrados en el proceso, es conveniente y pertinente modificar el Código Civil, a fin de incluir en nuestro ordenamiento jurídico la prueba del A.D.N. de indudable validez científica, utilizada a nivel mundial en este tipo de procesos.

#### **La PRUEBA DEL ADN**

Los ácidos nucleicos son moléculas gigantescas que contienen carbono, hidrógeno, oxígeno, nitrógeno y fósforo. Reciben esta denominación por haber sido descubiertos en el núcleo de la célula. Existen dos variedades de ácidos nucleicos: el ácido desoxirribonucleico o ADN y el ácido ribonucleico o ARN.

El ácido desoxirribonucleico se encuentra en los cromosomas del núcleo. Los Cromosomas son moléculas de ADN y proteínas, que contienen los genes (partículas que determinan la aparición de los caracteres hereditarios) o unidades hereditarias. El ADN cumple principalmente las siguientes funciones:

- a.** Es el principal depósito de información biológica, porque transmite la información genética de la célula madre a las células hijas.
- b.** Controla la actividad celular.
- c.** Se duplica formando dos moléculas idénticas durante la división celular o mitosis. La Duplicación del ADN consiste en que la cadena se abre por un extremo como si fuera un cierre y cada lado resultante completa los nucleótidos que faltan. Cada lado tiene idéntica información genética. En el proceso de reproducción humana existe transferencia de información genética (marcadores genéticos) de los padres hacia el

nuevo individuo, es de esta manera que los hijos presentan caracteres tanto del padre como de la madre.

La transmisión de caracteres hereditarios de los padres hacia los hijos, se realiza a través del ácido desoxirribonucleico o ADN. La filiación se establece porque el ADN del niño recibe el 50% de los marcadores genéticos del padre y el otro 50% corresponden a la madre. Por lo tanto, la determinación de la paternidad o maternidad se realiza por la visualización de la presencia de marcadores genéticos comunes. Científicamente se han establecido un número limitado de marcadores genéticos, los cuales son utilizados a nivel mundial para la determinación de paternidad y/o maternidad. Las huellas genéticas presentes en el ADN del niño no son ubicadas en otras personas que no sean sus parientes consanguíneos.

Actualmente la prueba del ADN es indudablemente la mejor tecnología para establecer o descartar relaciones de paternidad y maternidad. La muestra biológica a utilizar en la prueba del ADN puede provenir de células de cualquier parte de un individuo, sin embargo la mas utilizada es la muestra de sangre, por la cantidad de células presentes.

### ***Formula Legal***

#### **Texto del Proyecto**

El Congresista de la República que suscribe, Dr. Jorge SALAZAR VARGAS, de conformidad con el artículo 107 de la Constitución, propone el siguiente:

#### **PROYECTO DE LEY**

##### **CONSIDERANDO:**

Que, el artículo 413 del Código Civil vigente, en su primer párrafo establece que en los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial, es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica.

Que, la prueba de los grupos sanguíneos es exclusiva, por lo tanto con ella no se pretende probar la paternidad sino la no paternidad, equivalente a verificar la inocencia del demandado.

Que, nuestro ordenamiento legal permite el ofrecimiento y actuación de la prueba de grupos sanguíneos, cuando el presunto padre propone esclarecer su no paternidad y nunca cuando el presunto hijo intenta acreditar la relación paterno- filial debido a que el análisis sanguíneo no lo permite.

Que, la transmisión de caracteres hereditarios de los padres hacia los hijos se realiza por una molécula denominada ACIDO DESOXIRIBONUCLEICO (ADN) que se encuentra formando los cromosomas en el núcleo de casi todas las células.

Que, la prueba del A.D.N. por su validez científica, tratándose de procesos judiciales que pretenden determinar la paternidad ó maternidad extramatrimoniales está siendo utilizada en diversos países del mundo.

Que, al constituirse indudablemente en la mejor tecnología para establecer o descartar relaciones paterno-filiales; es necesario incluir la prueba del A.D.N. en nuestro ordenamiento jurídico.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 102 de la Constitución del Estado;

#### **EL CONGRESO DE LA REPUBLICA,**

Ha dado la Ley siguiente:

**Artículo 1o.-** Modifíquese el artículo 413 del Código Civil, en los siguientes términos:

"Artículo 413.- En los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos y la

prueba del A.D.N. Son admisibles estas pruebas a petición de la parte interesada en el caso del artículo 402, Inc. 4.

Cuando fueren varios los autores del delito y tratándose de la prueba negativa de los grupos sanguíneos, la paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a la prueba, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a la prueba.

**Artículo 20.-** La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación.

**Lima, 31 de Enero de 1997**

**Proyecto de Ley Nro : 02591**

### ***Exposición Motivos***

#### **Fundamentos**

La Constitución Política del Estado establece que toda persona tiene derecho a su identidad. De manera concordante con ello, el artículo 19 del Código Civil de 1984, dispone que toda persona tiene derecho a llevar un nombre, indicando que éste incluye los apellidos.

No obstante, la realidad cotidiana contrasta con la declaración de derechos contenidos en las normas citadas. Así, la legislación ha consagrado una distinción entre los hijos, dependiendo de si su concepción se dio dentro del matrimonio o no. Mas, con los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales no termina la distinción; entre los extramatrimoniales, se subdividen en un primer segmento que pueden obtener la declaratoria judicial de filiación, y un segundo segmento que -en virtud de una actitud o conducta de sus padres, totalmente ajena a la voluntad del niño o niña- no puede ser declarada la filiación judicial.

De este modo, cuando se produce una concepción no deseada, es usual que el varón se niegue a reconocer la paternidad del niño. Y si esa concepción se dio en circunstancias en las que no hubo "seducción con promesa de matrimonio"; donde tampoco hubo convivencia; o donde el hijo, nacido de tal guisa, nunca se hubiere hallado en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial comprobado por actos directos del padre o de su familia; entonces, es imposible lograr que se declare judicialmente la filiación paterna de ese niño; con la consecuente pérdida de sus derechos sucesorios y posibilidad de petitionar una pensión de alimentos, en el caso que cumplida la mayoría de edad, estuviere cursando estudios exitosamente.

Es de notar que en el tiempo en que se elaboró el Código Civil no existían los avances biotecnológicos con que contamos ahora; la genética ha avanzado mucho en estos pocos años, y ello nos permite determinar científicamente si un niño es hijo de determinadas personas a través de una prueba de análisis de la estructura del ADN. La filiación extramatrimonial puede contar con la alianza de este valiosísimo instrumento tecnológico, hecho que da una salida certera a una situación en que la irresponsabilidad paterna respecto a la prole hacía que el derecho al reconocimiento de la filiación sea burlada reiterada e impunemente.

Es cierto que existen fórmulas abiertas en la legislación sustantiva y procesal



respecto a la probanza de determinados hechos, en este caso la filiación, pero resulta necesario que exista una norma que establezca con claridad meridiana que, para la probanza de la filiación, el examen del análisis de la estructura del ADN tendrá la calidad de prueba plena.

Se deja constancia que el presente proyecto no modifica los presupuestos de procedencia y titularidad de la acción de contestación de paternidad o negación de paternidad, que se da dentro de una relación matrimonial, pues se lesionarían principios de protección familiar, que consideramos necesario preservar.

Estudios científicos del más alto nivel a los que nos remitimos, nos relevan de realizar una exposición detallada respecto a los aspectos técnico científicos referidos a la prueba de análisis de la estructura de ADN. Sin embargo, transcribimos un documento que el Centro Médico Especializado "Genética" distribuye, para ilustrar sobre la llamada prueba de paternidad, por considerar que su redacción, además de ser didáctica y sencilla posee exactitud técnica profesional, hecho que permitirá una mejor comprensión de la prueba de ADN.

### INFORMACION SOBRE PRUEBAS DE PATERNIDAD

"El ADN (Acido desoxirribonucleico), llamado también molécula de la vida, es una molécula química de los genes. El ADN tiene en su composición una serie de cuatro bases nitrogenadas, que se complementan en pares, constituyendo las letras del código genético. En cada célula existen unos tres mil millones de pares de bases. El orden en que se distribuyen estas letras o bases es diferente en cada ser humano, pero es idéntico en cada una de las células de una persona. Debido a la casi infinita variabilidad de combinaciones que pueden generarse, podemos afirmar que no existen dos personas con ADN igual (excepto los gemelos idénticos).

El ADN es transmitido de padres a hijos en los cromosomas del óvulo y del espermatozoide. Cada padre transmite a su hijo(a) la mitad de su ADN. **TODO ADN QUE TIENE UNA PERSONA PROVIENE DE SUS PADRES**, la mitad del padre y la mitad de la madre.

Para realizar las pruebas de paternidad por medio del estudio del ADN, se utilizan células vivas, como raspado de mucosa oral, raíces del pelo, etc. Se requiere, de preferencia, una muestra de cada una de las tres personas involucradas, madre, hijo(a) y posible padre. En algunos casos se puede hacer el estudio sólo de hijo(a) y padre. De estas células se extrae el ADN.

Analizando el ADN, con métodos de ingeniería genética, se obtiene un patrón de "marcas" o fragmentos de ADN, específicas para cada persona. Este patrón se parece al código de barras en los productos.

Se compara el patrón del hijo con el de la madre y con el del posible padre. Cada una de las marcas del hijo tiene que encontrarse en el patrón de la madre o del padre. La prueba consiste en aparear las marcas del hijo con las de la madre y del posible padre. Si el niño tiene marcas que no tiene la madre ni el posible padre, queda descartada su paternidad.

Si el posible padre posee las marcas, la seguridad de su paternidad depende de la frecuencia de las marcas en la población general. Dada la gran variabilidad de las marcas, al realizar la prueba con varios fragmentos del ADN, se obtiene una certeza de paternidad por encima de 99.98% "

#### Bibliografía:

1.- JUNHO PEñA, Sergio Danilo. "Determinación de la Paternidad por las Impresiones Digitales del DNA". Director del Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais  
Brasil

2.- QUIROGA DE MICHELENA, María. Genética. Profesora de la Universidad Cayetano Heredia. Lima Perú.

3.- KADAGAND LOVATON, Rodolfo y CABRERA de KADAGAND, Fiorella. "Método Científico del ADN Aplicado a la Criminología y la Paternidad". Editorial Jurídica Portocarrero. Lima, Perú.

## ***Formula Legal***

### **Texto del Proyecto**

La congresista que suscribe, en uso de las facultades contenidas en el artículo 107 de la Constitución Política y del artículo 22, literal c), del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente proyecto de Ley:

CONSIDERANDO :

Que, la Constitución Política del Estado establece que toda persona tiene derecho a su identidad y que, en concordancia, el artículo 19 del Código Civil establece que toda persona tiene derecho a llevar un nombre, indicando que éste incluye los apellidos;

Que, el artículo 20 del Código Civil reconoce el derecho de los hijos matrimoniales a llevar el primer apellido del padre y el primero de la madre;

Que, el artículo 21 del Código Civil establece que al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido y que si es reconocido por ambos, lleva el primer apellido de los dos. Para el caso de la declaratoria judicial de filiación rige el mismo principio;

Que, no obstante que la Constitución dispone que todos los hijos tienen iguales derechos, las normas sobre la declaración judicial de filiación atentan contra los derechos de los hijos nacidos de una relación no convivencial en la que no medió una "promesa de matrimonio";

Que, la responsabilidad de traer un hijo al mundo no es exclusiva de la mujer, sino que el varón que tiene relaciones sexuales con ella, también está obligado a responder por sus actos y por las consecuencias que de ellos se deriven, tanto más cuando una de las consecuencias de las relaciones sexuales es la concepción de la vida humana; **\*\*paternidad responsable\*\***

Que, con la normatividad en vigencia existen tres categorías de hijos: los matrimoniales; los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o por declaración judicial; y los extramatrimoniales no reconocidos e imposibilitados de solicitar la declaratoria judicial de su filiación;

Que, en la última categoría de los casos citados en el considerando anterior, nos encontramos ante un hecho lesivo al reconocido derecho de los niños y adolescentes, contenidos en los Tratados de que es parte signataria el Perú y de la Constitución Política del Estado, así como incongruente con la legislación interna que declara derechos incompatibles con las prácticas discriminatorias contenidas en las normas que se pretenden modificar con este proyecto de ley;

Que, es una realidad objetiva y de grandes dimensiones el hecho que miles de niños no se encuentren reconocidos por el padre que los engendró;

Que, aun existiendo fórmulas abiertas en la legislación procesal en cuanto a los medios probatorios, deviene en necesaria la existencia de una norma que establezca con claridad meridiana que para efectos de la declaratoria judicial de paternidad, el examen de ADN tendrá la calidad de prueba plena;

Que, las pruebas que involucran tomar muestras de tejidos, fluidos u otros de origen

biológico, dependen fundamentalmente de la voluntad de la persona a quién habría que tomarle las muestras y, en ese sentido, el espíritu de la norma podría ser fácilmente burlado con la simple negativa de los supuestos padres a autorizar la realización de la prueba; en consecuencia, es necesario establecer una presunción de vínculo parental para el que se negare a realizarse dicha prueba;

Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 de la Constitución Política del estado, las leyes tienen un criterio de protección especial para con los niños y adolescentes.

Por cuanto;

### **El Congreso de la República**

Ha dado la Ley siguiente:

**Artículo 1.-** Modifícase el artículo 402 del Texto Unico Ordenado del Código Civil, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
- 2.- Cuando el hijo se halle, o se hubiere hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
- 3.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto, se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
- 4.- En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
- 5.- En los casos en que una mujer libre de impedimento matrimonial haya tenido relaciones con el presunto padre en la época de la concepción, siempre que se demuestre el vínculo parental entre éste y el hijo, a través de la prueba de análisis de la estructura del ADN.

Se declarará la paternidad de la persona que se niegue a someterse a la prueba de análisis de la estructura del ADN. Los costos de los exámenes de análisis de la estructura del ADN serán asumidos por la demandante en caso de ser negativa y por el demandado de resultar positiva.

**Artículo 2.-** Modifícase el artículo 413 del Texto Unico Ordenado del Código Civil, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 413.- En los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica.

La prueba positiva de análisis de la estructura del ADN tiene el carácter de prueba plena de filiación.; excepto si existiera duda para asignar la paternidad o maternidad a uno de dos hermanos gemelos.

**Artículo 3.-** Adiciónase el artículo 413-A al Texto Unico Ordenado del Código Civil, el cual tendrá la siguiente redacción:

Artículo 413-A.- También son admisibles las pruebas de análisis de los grupos sanguíneos y de la estructura del ADN, a petición de la parte demandante en el caso del artículo 402, inciso 4 cuando fueren varios los autores del delito.

La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si la prueba negativa de grupos sanguíneos descarta la posibilidad de que le corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a la prueba, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria



respecto de quienes se nieguen a someterse a la prueba. La declaración de paternidad obtenida por descarte, puede ser enervada si se demuestra a través de la prueba de ADN que aquel no es el padre.

Del mismo modo, será declarada la paternidad de uno de los demandados si practicada que fuere la prueba del análisis de la estructura del ADN se descarta la de los demás autores y aquel se negare a someterse a dicha prueba; si fueran dos o más los que se negaren a someterse a dicha prueba, la obligación alimentaria será solidaria entre aquellos.

**Artículo 4.-** Derógase los artículos 403, 416 , del texto único Ordenado del Código Civil.

**Artículo 5.-** Esta Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

**Lima, marzo de 1997.**

**Proyecto de Ley Nro : 02708**

### ***Exposición Motivos***

#### **Fundamentos**

Las relaciones de parentesco, nosotros sabemos, son de diversa naturaleza e intensidad, por ejemplo hay una relación parental entre el padre y la madre, el padre y el hijo, entre los hermanos, entre tío y sobrino, entre los hijos de hermanos, etc. Este es pues el carácter de multiplicidad del nexo parental.

Asimismo de entre ellas hay siempre una que es la más elemental. Cornejo Chávez nos dice: "Pero de todas las relaciones parentales la más importante es sin duda la que se llama filiación, esto es , la que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación es sentido genérico) y más restringidamente , la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto)." (1) El destacado tratadista Manuel Albaladejo distingue entre el sentido biológico y el sentido jurídico de la filiación diciendo:

" Para la Biología la filiación es el vínculo que liga a generantes y generados. Para el Derecho la filiación es el vínculo que liga a quienes ante la Ley son padres e hijos." (2) Tenemos entonces, en conclusión, que la filiación. "Se considera como la relación paterno filial en su doble acepción maternidad y paternidad respecto al hijo." (3) La mayoría de tratadistas coinciden en distinguir, la filiación legítima, la filiación natural y la filiación adoptiva. La filiación legítima es el vínculo jurídico que une a hijo con sus padres casados entre si ; la filiación natural es el nexo del hijo respecto a sus padres que no estaban casados durante el tiempo de su concepción y nacimiento, y la filiación adoptiva es el vínculo de derecho que liga al adoptante como padre del adoptado.

La Constitución política de 1979 proclama la igualdad de derechos entre todos los hijos, habiendo perdido la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos aquella vigencia discriminante, en adelante se distingue la filiación en sus dos variedades, la matrimonial y la extra matrimonial.

La idea de la filiación matrimonial va inseparablemente unida al del matrimonio entre los progenitores, que es su causa esencial. De aquí que en tesis general, se diga que corresponde al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de los padres la

filiación matrimonial.

La filiación extramatrimonial tiene su fuente en el hecho de haber nacido el hijo fuera del matrimonio. Cuando se trata del hijo extramatrimonial no existen los factores favorables para el emplazamiento del estado, por que en el hijo matrimonial, el estado se acredita con el matrimonio de los padres y de la existencia de presunciones bastante robustas. De hecho, no hay sino dos modos de lograr el estado de la filiación extra matrimonial, estas son :

**a)-** El reconocimiento voluntario, y

**b)-** La investigación judicial de la paternidad o de la maternidad. A nivel doctrinario, distinguiendo sólo el aspecto del reconocimiento Bonilla Pereira nos dice que:

"El reconocimiento puede provenir voluntariamente del padre, caso en el cual nos encontramos frente al voluntario, o de sentencia judicial y entonces estaremos hablando del forzoso o judicial." (4) Esta distinción es casi general en las legislaciones más importantes , así como por ejemplo, el derecho español, el derecho francés , el derecho brasileño, etc. Tenemos pues que "las relaciones del hijo natural con sus progenitores se podían establecer de ambos modos o por el reconocimiento voluntario de los padres o por el reconocimiento forzado, que resulta de la acción que el hijo pone contra ellos ha efectos de hacer comprobar su filiación." (5)

Cualquier acto de reconocimiento sea voluntario o forzoso supone siempre la existencia de un acto previo que es necesariamente el nacimiento. El destacado tratadista Pascual Marín con bastante acierto nos dice que :

"El nacimiento sirve de base para la adquisición de toda clase de beneficios con el carácter de derechos". (6) Así, tenemos que el nacimiento, presta al hijo, el derecho a ser reconocido como natural por su padre y gozar como consecuencia de tal reconocimiento del a declaración judicial que le haga partícipe de determinados beneficios económicos. El reconocimiento presta objetividad a dicho derecho, posibilidad de ejercitarlos mediante acciones procesales que puedan constreñir al padreo a sus herederos a hacer la declaración legal de que se ha hecho mérito.

Es necesario remarcar además , que el estado de hijo natural se adquiere por la concepción, vale decir que lo posee independientemente de la voluntad de los padres. "De allí que los hijos cuando no son reconocidos o al menos no lo fueron por uno de los modos auténticos que le otorgaría el título de estado, pueden obtenerlo por otro medio; la acción judicial". (7)

De allí decimos entonces que cuando un padre o madre se resiste a reconocer a su hijo extramatrimonial, por que desconfía de la verdad del vínculo o por mala fe, puede entablarse investigación pertinente , para que el Juez resuelva, sin la voluntad o contra la voluntad del padre o de la madre, declarando la relación de filiación extramatrimonial.

Dada la importancia que tiene el estado civil de las personas. Y que el interés público predomina sobre el privado, no podía quedar determinable únicamente a voluntad del padre, fue por esto que el legislador reguló esta acción de declaratoria de paternidad, considerándose como una conquista del mundo moderno, con ello se le concede la posibilidad al niño de otorgarle un estado de filiación y asegurarle una estabilidad. Duramente criticada fue la posición del legislador francés, los tribunales le buscaron una puerta de escape. Regularizando esta situación, la Ley del 16 de noviembre de 1912 reformó el Art. 341 del Código de Napoleón, derogando la prohibición y aceptando que se investigará la paternidad en una serie de casos. Nuestro primer Código Civil establecía que los derechos concedidos a los hijos naturales reconocidos no se adquieren por sentencia que se declare la

paternidad.

Pareciera que se admitiera una acción indagatoria de paternidad, pero ellos no es así. No existe a nivel sustantivo fundamento alguno que prescriba el derecho a solicitar la declaratoria judicial de paternidad para fines distintos de la filiación.

Pero el declarado tenía todos los derechos que le eran concedidos al hijo reconocido, cuando se declaraba la paternidad a consecuencia de un juicio de raptor o estupro. Esto era la excepción que regulaba el Código, era la única, por supuesto, que llevaba consigo la relación de filiación una vez declarado. Era menester por entonces de juicio penal que declarara la responsabilidad del delincuente para que la filiación entonces fuera establecida como consecuencia lógica e inmediata. Respecto de los derechos del reconocido o del declarado judicialmente en el caso de raptor o estupro, debemos señalar que conforme al artículo 244 los padres sólo estaban obligados a educar a sus hijos legítimos descartándose de ese derecho al hijo natural reconocido o al declarado. Tenían si derecho hereditario todos los hijos excepto el adulterino y el declarado fuera de los casos del raptor o estupro, y el no reconocido. Expresa así mismo este artículo que el padre está obligado a prestar alimentos a toda clase de hijos.

El Art. 891 recalca que todos los hijos ilegítimos no tienen derecho de suceder en los bienes del padre excepto los naturales reconocidos, respecto de este último se señalaba que los hijos naturales reconocidos por el padre heredaban el quinto si es que este tiene hijos legítimos; como notamos, la desigualdad es manifiesta, se mantuvo una drástica diferenciación entre el status del hijo legítimo y el del hijo ilegítimo, acortándose las distancias entre ambas clases de hijos con el Código Civil de 1936 y desapareciendo esta con el criterio humanista del Código de 1984.

El Código Civil de 1936 recoge en su libro segundo la parte del derecho de familia y en su sección cuarta refiérese a las relaciones de parentesco, la filiación ilegítima es tratada en el Título V de esta sección. Son hijos ilegítimos los nacidos fuera del matrimonio expresaba el Art. 348 siguiendo la concepción del anterior código asumiendo la diferenciación entre hijos legítimos e hijos ilegítimos. Así como algunos criterios legislativos anteriores, este código resultaba siendo innovador y esto se refleja cuando se da a la sentencia declaratoria de paternidad la calidad de medio probatorio de la filiación paterna, como sabemos esto no sucedía con el anterior código la que relegaba la declaración de paternidad de los efectos de un reconocimiento voluntario salvo singulares excepciones.

Pero lo que resulta más destacable es la eliminación de la prohibición de indagación de la paternidad para declarar la existencia legítima de la filiación extramatrimonial. El hecho es que se asume debidamente que todo hijo natural tiene derecho a la acción de paternidad ilegítima por lo que la ley a disposición de ese derecho plantea presunciones en la que la paternidad puede resultar más manifiesta, desterrándose otras situaciones aun acreditándose la relación sexual de los progenitores. El Art. 366 del C.C. de 1936, establece las situaciones en que la paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada, plantea cinco causales, las cuales tienen que ser debidamente corroboradas, estas son los mismos que prevé nuestro Código Civil vigente sin ningún tipo de modificaciones salvo los gramaticales.

Prescribe también el código anterior que en caso de que el hijo legítimo no fuese reconocido voluntariamente o declarado judicialmente, puede reclamar pensión alimenticia o quien hubiese tenido relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción. Este derecho está establecido en el Art. 367, similar texto asume el código vigente en su Art. 415.

Así mismo establecía que las acciones como declaratoria de paternidad por concubinato, pensión alimenticia para hijo no reconocido, ni declarado, acción alimentaria y resarcimiento de gastos de embarazo para la madre o la acción indemnizatoria por daño moral de la madre, eran declaradas improcedente si



durante la época de la concepción la madre:

- a) Lleve una vida desarreglada.
- b) Tuvo comercio carnal con otra persona distinta del padre.
- c) Si durante la época de la concepción fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre. Se trata de situaciones que tiene que ser acreditadas por el demandado en la declaratoria de paternidad, para que esta se declare improcedente. Tenemos entonces que la madre se haya ante dos situaciones desventajosas, además que tener que probar la situación concreta establecida en uno de los incisos del artículo 366 tenía que oponerse y negar consecuentemente la reconvencción o fundamentos de improcedencia de la investigación judicial de paternidad.

Y como característica de la acción judicial de declaratoria de paternidad se establecía que ella era pasible de caducidad, cosa que no ocurre desde 1984. El Art. 379 establecía que no podía intentarse la acción para que se declare la paternidad después de transcurridos 3 años de la mayoría del hijo. En concreto el Código Civil de 1936 fue benigno en le sentido que consentía limitadamente la investigación de la paternidad para finalmente declararla una vez acreditada ella . Tenemos que se crea a partir de 1936 la acción civil de declaratoria judicial de paternidad, estableciendo una estructura de fácil comprensión, destacando al titular de la acción del sujeto pasivo de la demanda, y la capacidad de contradicción.

Respecto a los derechos concedidos a los hijos legítimos, el Código Civil de 1936 era más benigna respecto de la anterior normatividad, el artículo 761 mencionaba que si todos los hijos eran legítimos heredaban por partes iguales, de igual modo si todos los hijos eran ilegítimos. Se eliminaba pues el arcaico criterio de la subdivisión de hijos ilegítimos entre naturales y adulterinos, y sus discriminaciones inoportunas.

El Art. 762 expresaba que si hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos recibiría la mitad de lo que reciba cada uno legítimo. Se concede definitivamente el quinto herencial del hijo natural del anterior Código y se asume una posición más coherente, más sobria. También lo que podemos destacar del Código de 1936 es su actitud protectora de los derechos del menor, estableciendo pautas rígidas en cuanto al ejercicio de la patria potestad. Decía este código que la patria potestad sobre los hijos ilegítimos reconocidos voluntariamente por el padre se ejerce por él, pero la madre puede pedir al Juez que se le confíe la patria potestad, el Juez resolvía accediendo si el interés del hijo así lo exigía.

El Código Civil de 1984, que nos rige trae en su libro tercero la institución del derecho familiar, asume el criterio del anterior Código, pero transforma el esquema de nuestro primer Código que en cuanto hablaba de relaciones familiares lo hacía en el libro primero de las personas. Establece el tema de la sociedad paterno-filial reemplazando al término "de las relaciones de parentesco" tan caduco. Y en su título segundo desarrolla el instituto de la filiación extramatrimonial eliminando las categorías deshumanizaste de ilegítimos.

Expresa este Código, conforme a la doctrina más moderna en su Art. 386, que son hijos extramatrimoniales los concebidos y los nacidos fuera del matrimonio, no se comete el error del anterior código de limitarlos sólo a los nacidos fuera del matrimonio.

El Art. 387 recalca el Art. 350 del anterior código en su mismo sentido, es decir la calidad probatoria de la filiación extramatrimonial respecto del reconocimiento y la sentencia que declara la paternidad. Así mismo debemos manifestar, que como el Código pasado se establecen cinco causales o presunciones con las cuales se puede declarar la paternidad extramatrimonial, estas son : escrito indubitable, la posesión constante del estado, el concubinato, la violación, raptó o retención

violenta y por seducción.

Como vemos se sigue asumiendo el sistema limitado de investigación de la paternidad, definiéndose por ley bajo que presupuestos puede ser declarado la paternidad extramatrimonial. También se regula el aspecto de la improcedencia de la acción antes referido en el Art. 403 haciendo repetición clara del Art. 371 del Código civil anterior, pero sólo limitadamente a la acción declaratoria del hijo no reconocido ni declarado, ni de la madre por resarcimiento de gastos de embarazo o por daño moral. Un aspecto de innovación de este código de 1984 es que se prescribe en el Art. 410 que la acción declaratoria de filiación extramatrimonial no caduca; esto pues permite evidenciar la evolución del espíritu humano en torno al reconocimiento de derechos elementales de los hijos a establecer definitivamente su relación filial.

La mentalidad del legislador pues a progresado de un modo tal que de la prohibición de toda acción indagatoria de paternidad, se prosiguió para permitirse por un cierto lapso de tiempo para luego culminar que la acción declaratoria de paternidad puede lograrse en cualquier momento o etapa de la vida del hijo extramatrimonial. Pero lo que más resulta de evidente evolución es que conforme al Art. 818 todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Sin embargo es necesario un sistema abierto para la investigación de la paternidad, modificando sustancialmente el artículo 402 del Código Civil, ello en consonancia al reconocimiento de fundamentales derechos humanos descritas en los diversos convenios y tratados internacionales de las cuales el Perú es parte. La evolución legislativa de nuestro Código Civil debe seguir adelante, han transcurrido aproximadamente trece años, y los avances tecnológicos y científicos hace necesario reelaborar los sistemas tradicionales que reflejan esencialmente discriminación para cierto género humano o grupo de personas.

### ***Formula Legal***

#### **Texto del Proyecto**

PROPONE SISTEMA ABIERTO EN LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

La Congresista de la República que suscribe, IVONNE SUSANA DÍAZ DÍAZ, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa a que se refiere el artículo 107 de la Constitución Política, propone el siguiente:

#### **PROYECTO DE LEY**

Considerando;

Que, el Código Civil establece el mecanismo del reconocimiento forzado de la paternidad cuando el padre no reconoce voluntariamente a su hijo, negándole legítimos derechos alimentarios y sucesorios.

Que, la Constitución Política en su artículo sexto reconoce a todos los hijos, sean matrimoniales o extramatrimoniales iguales derechos, por lo que desecha de plano cualquier tipo de discriminación o menoscabo.

Que, el Código Civil asume el sistema de *numerus clausus* para determinar que situaciones conllevan la posibilidad de accionar declaratoria de paternidad ante los Jueces de la República.

Que, el sistema actual de numeración estricta de causales viola principios elementales, toda vez que aún acreditándose biológicamente la paternidad, puede no ser declarada por no encuadrarse dentro de los supuestos indicados en el artículo 402

del Código Civil.

Que, todo niño o adolescente tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia; asimismo, tienen derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado y atendido por éstos.

Que, la discriminación contra la mujer ha sido reconocida por la Comunidad Internacional como el principal obstáculo para lograr un verdadero desarrollo humano, siendo el caso que el artículo 402 del Código Civil vulnera derechos fundamentales.

Que, producto del evidente desarrollo de la ciencia genética es posible determinar con mayor certeza la filiación, entendida ésta como el vínculo que liga a los generantes y generados.

Que, por lo expuesto:

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;**

**HA DADO LA LEY SIGUIENTE:**

**Artículo 1.-** Modifíquese el artículo 402 y 413 respectivamente del Código Civil, en los siguientes términos:

**"Artículo 402.-** La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando se pruebe que la relación sexual dio por resultado el embarazo de la madre y el posterior nacimiento del hijo.

**Artículo 413 .-** En los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial son admisibles las pruebas señaladas en el artículo 192 del Código Procesal Civil, la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otros auxilios técnicos o científicos que permitan acreditar la filiación."

**Artículo 2.-** Deróguense los artículos 403, 415, 416 y 417 del Código Civil.

**Artículo 3.-** La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de la publicación en el Diario Oficial " El Peruano ".

**Lima, 08 de abril de 1997.**



**Proyecto de Ley Nro : 02588**

### ***Exposición Motivos***

#### **Fundamentos**

Pocas materias han quedado tan retrasadas frente al avance de la ciencia y claman por una regulación legislativa como la de la investigación de la paternidad. Tradicionalmente, se ha considerado imposible probar la paternidad, razón por la cual los romanos idearon el sistema de presunciones. Modernamente, la ciencia biogenética proporciona los procedimientos técnicos para investigar y luego atribuir biológicamente las filiación. Son muchos los países en los que se solicita obligatoriamente esta prueba parra admitir una demanda de filiación o de alimentos. Enrique Varsi, quien ha publicado un libro sobre Derecho Genético señala que " Las



novedosas pruebas de paternidad (paternity test) se sustentan en el análisis de los marcadores genéticos, conformados por los cromosomas, el ADN y los genes que dirigirán la formación y ordenarán las características del futuro ser desde el momento de la fecundación. El estudio de los materiales genéticos permite acreditar la relación bioparental entre el presunto padre y el hijo, según sea el caso, con una certeza absoluta, desechando, así, la prueba hematológica o de los grupos sanguíneos autosómicos amparada por el artículo 413 del Código Civil".

Estas pruebas positivas de paternidad son la de los polimorfismos cromosómicos y el estudio de ADN. Nos referiremos al estudio de ADN por ser la prueba que mayor certeza ofrece en la investigación de paternidad. El ácido desoxirribonucleico es un compuesto químico orgánico presente en todas las células vivas. Se encuentra en los cromosomas del núcleo celular que contienen los genes.

El ADN sirve como prueba de paternidad. Los estudios realizados señalan que todos heredamos las series de bandas del perfil del ADN, la mitad se hereda del padre y la otra mitad de la madre. Si en la comparación de secuencias descartamos las bandas idénticas del niño con la madre, quedarán obviamente en el espectro del ADN del niño las correspondientes al padre, cuya igualdad identificará al verdadero padre biológico. Si el niño tiene marcas que no tiene la madre ni el posible padre, queda descartada su paternidad.

Hasta hoy las formas de acreditar la filiación ya sea materna o paterna, matrimonial o extramatrimonial, están sustentadas en presunciones romanistas que han perdurado hasta nuestros días, sin embargo conforme ha ido evolucionando la ciencia BIOMÉDICA, las presunciones relativas en las que se basa la actual normatividad familiar están siendo emplazadas por las experiencias genéticas.

Actualmente, aún sin un marco legal, con gran acierto, son muchos los jueces que solicitan esta prueba y que sustentan su sentencia en su resultado. Creemos sin embargo, que es necesaria su regulación para que tal jurisprudencia sea asumida por otros jueces. Existe sin embargo, algunos problemas para su aplicación derivados de su costo y de la necesidad de recurrir a un medio para de obligar al presunto padre a someterse a esta prueba. De conformidad con lo señalado por la doctora María Isabel Quiroga de Michelena, genetista de nuestro medio, para llevar a cabo esta prueba no es necesario tomar una muestra de sangre sino que puede obtenerse resultados con igual grado de precisión con la obtención de muestras de células de la boca, obtenidas mediante el raspado de mucosa oral con un algodón, o de raíces de cabello.

En lo relativo al costo, se nos ha informado que dicha prueba tiene un costo de US\$ 900 aproximadamente y que se viene realizando en Estados Unidos con todas las garantías en cuanto al transporte de muestras y resultados. Creemos que en tanto esta prueba de investigación de la paternidad a través del ADN se extienda, la figura del hijo alimentista tenderá a desaparecer. Por ahora y en tanto el costo es muy elevado para un gran número de personas, creemos que debe mantenerse.

Un tema de difícil solución es el relativo a la forma de compeler al presunto padre a someterse a la prueba. Con dicho problema se topan los tribunales que solicitan esta prueba. Consideramos que solucionado el problema del costo no debiera existir resistencia para que el padre se someta al perfil de ADN. Al respecto, Enrique Varsi cita una sentencia del Tribunal Constitucional Español que interpretó la negativa de someterse a las pruebas de paternidad constituye base suficiente para que el Tribunal establezca el nexo causal preciso para llegar a la conclusión de la paternidad reclamada. En la legislación comparada la negativa a someterse a la prueba son interpretadas como presunción de paternidad. Tal es el caso de Alemania, Argentina, Austria, Colombia, España, Italia y Venezuela.

## **Formula Legal**

### **Texto del Proyecto**

LOURDES FLORES NANO Congresista del Partido Popular Cristiano, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107º de la Constitución Política del Estado, de conformidad con los artículos 74º y 75º del Reglamento del Congreso presenta el siguiente proyecto de Ley:

Considerando \_\_\_\_\_ :

Que, el Código Civil peruano establece presunciones para la declaración de paternidad \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ maternidad;

Que, la ciencia ha proporcionado los medios modernos y técnicamente más idóneos para la determinación de la paternidad elevando significativamente el grado de certeza;

Que, es necesario que el Código Civil se modernice regulando estos medios a fin que puedan constituir prueba plena para los juicios de declaración o negación de la paternidad o maternidad

### **EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

HA DADO LEY SIGUIENTE:

**Artículo 1** Modifícanse los artículos 363º, 402º, 403º del Código Civil, cuyo nuevo texto es el siguiente:

Artículo 363º El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:  
**1.-** Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

**2.-** Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

**3.-** Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

**4.-** Cuando adolezca de impotencia absoluta.

**5.-** Cuando pruebe fehacientemente a través de un estudio de ADN que el hijo no es suyo.

Artículo 402º La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

**1.-** Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.

**2.-** Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.

**3.-** Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.

**4.-** En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

**5.-** En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

**6.-** Cuando se pruebe fehacientemente mediante un estudio de ADN que el hijo es suyo.

El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado un estudio de ADN con resultado negativo.

Artículo 403º La acción en el caso del artículo 402, inciso 3 es improcedente si durante la época de concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo trato carnal con una persona distinta del presunto padre, salvo que la paternidad

se haya demostrado mediante un estudio de ADN. Es improcedente si en la misma época fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre.

Artículo 413o En los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial son admisibles pruebas de validez científica. La parte que ofrece la prueba debe correr con los gastos de ésta. La negativa a someterse a la prueba será evaluada por el juez, pudiendo declarar en mérito a esa negativa, la paternidad. Adicionalmente, dicha negativa genera para los renuentes obligación.

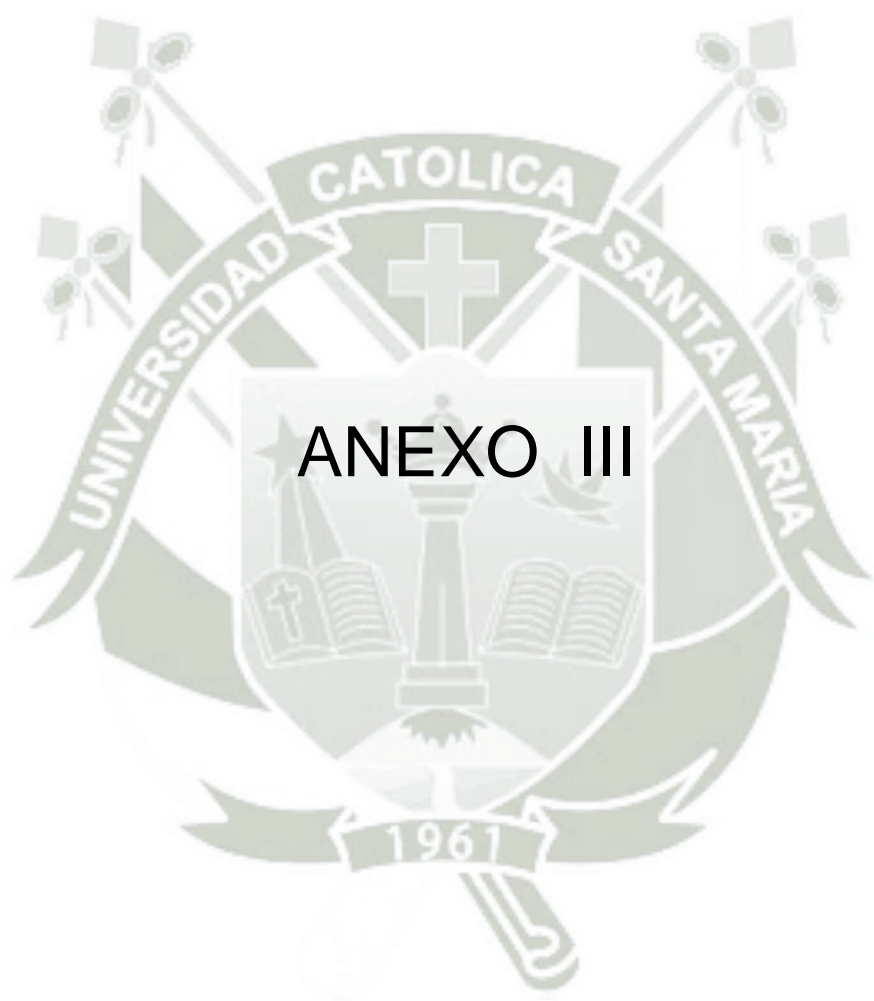
Artículo 415o Fuera de los casos del artículo 402o, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. La acción es improcedente si el demandado prueba a través de un estudio de ADN que él no es el padre.

LOURDES FLORES NANO

**Lima, 19 de marzo de 1997**









### Ver Documentos de Ley Relacionados

Período:	Periodo de Gobierno 2001- 2006.
Legislatura:	Segunda Legislatura Ordinaria 2003
Número:	10919/2003-CR
Fecha Presentación:	01/07/2004
Proponente:	Congreso
Grupo Parlamentario:	Somos Perú-Acción Popular-Unión por el Perú
Título:	COD.NINO ADOLESC:182/PROCESO DE FILIACION DE PATERNIDAD
Sumilla:	Propone modificar el artículo 182° del Código del Niño y Adolescente, referente a la vía procesal especial para filiación.
Autores(*):	Lescano Ancieta Yonhy
Adherentes(**):	
Seguimiento:	06/07/2004 Decretado a... Justicia y Derechos Humanos 08/07/2004 En comisión Justicia y Derechos Humanos 11/10/2004 Dictamen Favorable Sustitutorio Justicia y Derechos Humanos Mayoría - En Agenda: 12.10.04 04/11/2004 Orden del Día - 1/4 intermedio 10/11/2004 Vuelve a Comisión Justicia y Derechos Humanos - Pedido Sr. Valdez M. 11/11/2004 En comisión Justicia y Derechos Humanos 23/11/2004 Dictamen Favorable Sustitutorio Justicia y Derechos Humanos Unanimidad - En Agenda: 23.11.04. 02/12/2004 Orden del Día - al voto 13/12/2004 Aprobado - 1ra. votación 14/12/2004 Dispensado 2da Votación - Acuerdo N° 85-2004-2005/Junta Portavoces 14/12/2004 Autógrafa Sobre N°: 105 - Vence: 06.01.05 07/01/2005 Promulgado Ley N°: 28457 08/01/2005 Publicado - Ley núm. 28457
Iniciativas Agrupadas:	00060, 01594, 02983, 03618, 04866, 05099, 05781, 07471, 08408, 08837, 09844, 10312, 10455, 10772, 11536
Número de Ley:	<b>Ver Ley N°: 28457</b> 08/01/2005 LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL EXTRAMATRIMONIAL.
Título de la Ley:	LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACION JUDICIAL EXTRAMATRIMONIAL.
Sumilla de la Ley	Ley que regula el proceso de Filiación Judicial Extramatrimonial.

(\*) Proyectos presentados por el Congresista

(\*\*) Proyectos de otros Congresistas a los que se ha adherido. son independientes de los Proyectos

presentados por cada Congresista

Partido Acción P	PUNO	01/07/2004
------------------	------	------------

### **Fundamentos proyecto de ley Nro. ....**

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 1° de la Constitución Política, la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado y, en su art. 2°, numeral 1° la citada Carta Magna establece que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

La Ley N° 27048, que modificó diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad, maternidad y filiación, expedida con fecha 28 de diciembre de 1998, admitió la prueba del ADN y otras pruebas de mayor grado de certeza en los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación, estableciendo la presunción de paternidad extramatrimonial en caso de negativa a someterse a la referida prueba. Sin embargo, no se había previsto en ninguna disposición transitoria qué sucede con los procesos iniciados y concluidos con anterioridad a su vigencia, cuando no existía la posibilidad de las pruebas genéticas que actualmente permite el avance científico y técnico.

La determinación de la verdadera paternidad, maternidad o filiación de una persona constituye el principio de su identidad y es un requisito esencial para su normal desarrollo psicológico y del que no puede ser privado, máxime si el avance de la ciencia moderna permite identificar a los verdaderos padres por medio de numerosas pruebas con un alto grado de certeza, entre ellas el ADN, la que debe tener carácter obligatorio.

Frente al avance de la genética se hace necesario establecer la posibilidad de examinar, a iniciativa de parte, todos aquellos casos en que no se hubieren efectuado los exámenes médicos, incluída, entre otros la prueba de ADN como elemento probatorio, sin que ello signifique atentar contra el principio de la cosa juzgada, toda vez que estas pruebas no existían antes de la dación de la norma.

En efecto, el ordenamiento jurídico peruano así como el de la casi totalidad de los países permite la posibilidad de revisar procesos cuando puedan presentarse nuevas pruebas, aplicándose tal derecho incluso a personas condenadas por delitos tan graves como el del terrorismo, resultaría un contrasentido o abiertamente injusto si no se admitiera similar posibilidad a favor de quienes persiguen un derecho humano fundamental como es el reconocimiento de su filiación y asimismo a favor de quien hubiere sido obligado a un reconocimiento de paternidad o maternidad por decisión judicial.

### ***Formula Legal***

#### **Texto del Proyecto**

La Congresista de la República que suscribe, de conformidad con el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y en concordancia con el artículo 75° del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente Proyecto de Ley:

### **FORMULA LEGAL**

#### **CONSIDERANDO:**



Que, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1° de la Constitución Política, la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado y, en su art. 2°, numeral 1° la citada Carta Magna establece que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Que, la Ley N° 27048, que modificó diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad, maternidad y filiación, expedida con fecha 28 de diciembre de 1998, admitió la prueba del ADN y otras pruebas de mayor grado de certeza en los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación, estableciendo la presunción de paternidad extramatrimonial en caso de negativa a someterse a la referida prueba. Sin embargo, no se había previsto en ninguna disposición transitoria qué sucede con los procesos iniciados y concluidos con anterioridad a su vigencia, cuando no existía la posibilidad de las pruebas genéticas que actualmente permite el avance científico y técnico.

Que, la determinación de la verdadera paternidad, maternidad o filiación de una persona constituye el principio de su identidad y es un requisito esencial para su normal desarrollo psicológico y del que no puede ser privado, máxime si el avance de la ciencia moderna permite identificar a los verdaderos padres por medio de numerosas pruebas con un alto grado de certeza, entre ellas el ADN, la que debe tener carácter obligatorio.

Que, frente al avance de la genética se hace necesario establecer la posibilidad de examinar, a iniciativa de parte, todos aquellos casos en que no se hubieren efectuado los exámenes médicos, incluída, entre otros la prueba de ADN como elemento probatorio, sin que ello signifique atentar contra el principio de la cosa juzgada, toda vez que estas pruebas no existían antes de la dación de la norma.

Que en efecto, el ordenamiento jurídico peruano así como el de la casi totalidad de los países permite la posibilidad de revisar procesos cuando puedan presentarse nuevas pruebas, aplicándose tal derecho incluso a personas condenadas por delitos tan graves como el del terrorismo, resultaría un contrasentido o abiertamente injusto si no se admitiera similar posibilidad a favor de quienes persiguen un derecho humano fundamental como es el reconocimiento de su filiación y asimismo a favor de quien hubiere sido obligado a un reconocimiento de paternidad o maternidad por decisión judicial.

## **EL CONGRESO DE LA REPUBLICA**

HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

**Artículo 1.-** Establézcase el recurso extraordinario de revisión en los casos previstos en el inciso 5° del art. 363° e inciso 6° del art. 402° del Código Civil y cuyos procesos judiciales se encontraban fenecidos o que ya hubieren pasado la etapa probatoria al momento de promulgarse la Ley N° 27048, por la cual se estableció la admisibilidad de la prueba biológica, genética u otras de validez científica en los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación.

### **Fundamentos Proyecto de ley Nro.**

La Constitución del Estado, dispone la defensa de la persona y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado.

La Familia es un instituto natural y fundamental de la sociedad, reconocida por el marco constitucional vigente, y la filiación es un elemento esencial en la constitución familiar. La determinación de la verdadera paternidad, maternidad o filiación, es un principio fundamental en la identidad de una persona y es requisito esencial para su normal desarrollo psicológico y del que no puede ser privado.

Por ello es necesario facilitar el acceso a nuevas técnicas que contribuyan al fortalecimiento de las acciones previstas, en aras de la protección de la familia, y del irrestricto respeto a la dignidad de la persona. En este contexto es necesario contemplar el uso de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica que acrediten con certeza la validez de la pretensión en una Acción de filiación.

### ***Formula Legal***

#### **Texto del Proyecto**

#### **CONSIDERANDO:**

Que, según la Constitución Política del Estado, toda persona tiene derecho a su identidad, integridad moral y psíquica, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Que, la Ley N° 27048, modifico diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad, maternidad y filiación, admitiendo la prueba del ADN y otras pruebas de mayor grado de certeza en los casos de negación de paternidad matrimonial e impugnación de maternidad, estableciendo la presunción de paternidad extramatrimonial en caso de negativa a someterse a dicha prueba.

Que, el Artículo 373 del Código Civil contempla la Acción de filiación, en la que el hijo puede pedir que se declare ésta, y en vista que una prueba de ADN, contribuiría eficazmente a acreditar con certeza la validez de la pretensión y al no estar esta prevista, es oportuno realizar una modificación en el referido artículo, contemplando la utilización de esta técnica u otras análogas.

Por estas consideraciones el Congreso de la República, etc.

Ha dado la ley siguiente:

#### **PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA ACCION DE FILIACION, CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 373 DEL CODIGO CIVIL.**

**Artículo 1°.-** Sustitución del Artículo 373 del Código Civil  
Sustitúyase el Artículo 373 del Código Civil por el texto siguiente:

**Artículo 373°.-** El hijo puede pedir que se declare su filiación, **solicitando para ello la realización de una prueba del ADN ú otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, como medio probatorio de su pretensión. El Juez estimara la negativa a someterse a esta prueba como una presunción valedera que acredita la pretensión.** Esta Acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos.

Lima, 13 de diciembre de 2001.

**Arq. Hildebrando Tapia Samaniego Dr. José Barba Caballero**  
**Congresista de la República (1) Congresista de la República**

### **Fundamentos Proyecto de ley Nro.**

La paternidad y la maternidad son derechos naturales del varón y la mujer, pero que nacen junto al deber que significa el traer una nueva vida al mundo.

Las presunciones sobre la paternidad y maternidad que el derecho romano ha dejado como instrumento para comprobar la filiación han sido superadas paulatinamente por pruebas científicas y que su margen de error se han reducido con el avance de la tecnología.

En efecto de las pruebas de descarte de sangre por tipo sanguíneo o grupo hemos llegado a la prueba de ácido desoxirribonucleico conocido como la prueba del ADN que se elabora en base el componente del cuerpo humano y que se encuentra formado por un azúcar (2- desoxi-D-ribosa), ácido fosfórico y bases nitrogenadas (adenina, guanina, citosina y timina). Su estructura es la de una doble hélice en la que las bases se encuentran situadas en el interior de la molécula y los grupos fosfato se disponen en el exterior. Las bases nitrogenadas se unen siempre del mismo modo (adenina con timina y guanina con citosina) a través de puentes de hidrógeno. La estructura se mantiene estable gracias al apilamiento de las bases en el centro de la molécula. Las dos hebras que forman la cadena presentan orientaciones opuestas y pueden separarse mediante la acción del calor o de determinadas sustancias químicas (por ejemplo la urea), dando lugar al proceso llamado desnaturalización, que es reversible, es decir, permite recuperar la estructura helicoidal (renaturalización). La temperatura a la que la molécula de ADN se desnaturaliza es distinta en cada especie de organismo. El ADN es el soporte físico que contiene toda la información genética de un organismo, definiéndose como gen cada una de las porciones de su molécula que se pueden traducir en una proteína. El orden en que se presentan las cuatro bases es el que determina el código genético. El ADN se presenta físicamente en el núcleo de la célula empaquetado a distintos niveles, formando los cromosomas. Macromolécula catenaria de carácter ácido que contiene ácido fosfórico, azúcar y bases nitrogenadas y actúa en el almacenamiento y en la transferencia de la información genética. Hay dos tipos de ácidos nucleicos: el ácido desoxirribonucleico (ADN) y el ácido ribonucleico (ARN). Son componentes principales de las células, y constituyen, en conjunto, entre el 5 y el 15% de su peso



seco. Los ácidos nucleicos también están presentes en los virus, formando complejos con proteínas, que pueden infectar a una célula huésped específico y replicarse en su interior. Reciben la denominación de ácidos nucleicos porque el ADN fue aislado por primera vez del núcleo celular, pero tanto el ADN como el ARN se encuentran también en otras partes de las células. Son cadenas constituidas por unidades monoméricas llamadas nucleótidos, siendo dextrorribonucleótidos. Los monómeros constituyentes del ADN y ribonucleótidos. Los constituyentes del ARN. Los distintos ácidos nucleicos difieren en la secuencia de bases heterocíclicas características de sus nucleótidos. Los nucleótidos se unen entre sí mediante enlaces covalentes formando la estructura covalente de las cadenas de ácidos nucleicos. Ácido nucleico constituido por unidades repetitivas de desoxirribonucleótidos. El ADN fue aislado por primera vez de las células del pus y del esperma de salmón, y estudiado intensamente por el suizo Friedrich Miescher, en una serie de investigaciones comenzadas en 1869. Lo llamó nucleína debido a su participación en el núcleo celular. Se necesitaron casi 70 años de investigación para poder identificar por completo los sillares principales y la estructura del esqueleto de los ácidos nucleicos. Las moléculas de DNA de diferentes células y virus varían en la proporción de los cuatro tipos de monómeros nucleotídicos, en las secuencias nucleotídicas y en los pesos moleculares. Además de las cuatro bases principales (adenina, guanina, timina y citosina) halladas en todos los ADNs, pequeñas cantidades de derivados metilados de estas bases, están presentes en algunas moléculas de ADN, particularmente en las de los virus. Los ADNs aislados de diferentes organismos tienen normalmente dos hebras que aparecen en una estructura duplohelicoidal (helicoidal dextrógira), mantenida por enlaces de hidrógeno entre una purina de una cadena con una pirimidina de la otra. El ADN es portador de la información genética, que está codificada en la secuencia de bases. Está presente en los cromosomas y en el material cromosómico de orgánulos celulares como mitocondrias y cloroplastos, y también está presente en algunos virus.

En este sentido es que la legislación civil peruana y mundial ha aceptado esta prueba como una de las mas acertadas en lo que se refiere al reconocimiento de la filiación; sin embargo la ley que introdujo esta prueba al proceso civil peruano debe ser modificada a fin de amparar de mejor manera el interés superior del niño y los derechos de igualdad del hombre y la mujer.

En efecto al amparo de la Ley 27048, cuando una persona solicita se realice la prueba de ADN, el demandado muchas veces se niega a someterse a la prueba mediante diversos medios impugnatorios e inclusive mediante la utilización de medios de poder, lo que significa alargar innecesariamente el proceso en único agravio y perjuicio del menor, respecto de quien se solicita su filiación y en suma el reconocimiento de su identidad, que es un derecho constitucional de primer orden. Respecto de este punto, debería tenerse en cuenta que en la legislación comparada, cuando el demandado se niega a realizarse la prueba del ADN, se declara la filiación demandada (Argentina, España, Italia, Venezuela).

En la Ley 27048 se ha vulnerado el principio de igualdad de derechos y obligaciones que tiene los hombres y las mujeres, pues solo se ha contemplado el supuesto de responsabilidad de mala fe en caso de solicitar la prueba en caso de paternidad excluyendo la posibilidad que a las mujeres se les someta a los mismos supuestos jurídicos que a los hombres en caso de que sea demandada de mala fe por declaración de maternidad.

### *Formula Legal*

#### Texto del Proyecto

#### **PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA LEY 27048**

El Congresista de la República **YONHY LESCANO ANCIETA**, con las facultades conferidas en el Art. 107° de la Constitución Política del Perú, presentan el siguiente:

#### **CONSIDERANDO.**

Que, la Constitución Política del Perú reconoce como derecho fundamental a la identidad, por lo que mediante las leyes se debe procurar la forma mas adecuada para hacer efectivos este derecho.

Que, el interés superior del niño se encuentra reconocido por el artículo 3 de la Convención sobre derechos del Niño, el mismo que se encuentra como parte de la Legislación Nacional, como lo establece el artículo VIII del Título Preliminar del Código del Niño y Adolescente.

Que, de la misma forma la Constitución establece que no se puede hacer discriminación por razones de sexo, por lo tanto hombres y mujeres tenemos los mismos derechos y obligaciones.

Por lo expuesto.

**El Congreso de la República ha dado la siguiente:**

#### **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 402 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL ARTÍCULO 5 DE LA LEY 27048**

**ARTICULO PRIMERO.-** Sustitúyase el artículo 402 del Código Civil por el siguiente texto:

#### **Artículo 402.**

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En Los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincide con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido

debidamente notificada **por segunda vez, bajo apercibimiento**, el Juez **declarará la filiación demandada, pudiendo la resolución ser apelada, únicamente fundándose en la prueba del ADN, la misma que podrá presentarse hasta antes de resolverse el recurso de apelación.**

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

**ART. SEGUNDO.-** Sustitúyase el artículo 5° de la Ley 27048 con el siguiente texto:

Artículo 5°.- Responsabilidad por mala fe.

La persona que por mala fe inicia un proceso de declaración de paternidad o **maternidad** valiéndose de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, ocasionando así daño moral y económico al demandado o **demandada**, deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del Juez.

Lima, 20 de mayo de 2002

### **Fundamentos Proyecto de ley Nro.**

En el Derecho de Familia, la filiación, que es determinado por la procreación, se define como el vínculo jurídico mediante el cual se establecen un conjunto de deberes y derechos entre los progenitores y el hijo desde que éste es recién nacido. En consecuencia, la filiación es un hecho natural al que se le atribuye efectos jurídicos.

Los avances científicos y tecnológicos han hecho posible que en la ciencia del derecho, se dejen de lado las presunciones y se establezcan los hechos con certeza. En el tema de la filiación, el análisis de la estructura del ADN, determina con un 99.9% de certeza, la paternidad y maternidad a quien realmente le corresponde, eliminando todo margen de error.

Este fue el fundamento básico, para que el ADN (Ácido desoxirribonucleico) y otras pruebas científicas sean incorporados en nuestra legislación vigente, como prueba idónea que permita acreditar la filiación, en los casos de negación de paternidad matrimonial (artículo 363 del Código Civil), impugnación de maternidad (artículo 371), acción de filiación (artículo 373) y declaración judicial de paternidad y maternidad extramatrimonial (artículos 402 y 413)

Sin embargo, en el caso del reconocimiento de hijos extramatrimoniales, consideramos que mantener la institución del hijo alimentista, como reconocimiento del derecho de alimentos a menores de edad que no hayan logrado demostrar la paternidad ni las presunciones del artículo 402 del Código Civil, por la negativa del demandado de someterse a la prueba de ADN, no constituye una solución justa, desde que se estaría restringiendo el ejercicio de los legítimos derechos que le corresponde al hijo extramatrimonial.



Se propone entonces, tomando como base la legislación comparada, que ante la negativa de someterse el padre demandado a la prueba del ADN o alguna de las pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, el Juez resuelva declarando la paternidad demandada.

### *Formula Legal*

#### Texto del Proyecto

#### **PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 402° DEL CÓDIGO CIVIL REFERIDOS A LA DECLARACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL**

#### **PROYECTO DE LEY**

El Congresista de la República que suscribe, **CARLOS MAGNO CHÁVEZ TRUJILLO**, integrante de la Célula Parlamentaria Aprista, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que le confiere el Artículo 107° de la Constitución Política del Perú, propone el siguiente;

#### **CONSIDERANDO:**

Que, la Constitución Política del Perú, en su artículo 6°, reconoce a todos los hijos, matrimoniales o extramatrimoniales, iguales derechos y obligaciones.

Que, el Artículo 420° del Código Civil, modificado por la Ley N° 27048 “Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaratoria de paternidad y maternidad”, establece los casos por los cuales se puede declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial; señalándose en su inciso 6), que **ante la negativa de someterse a la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas, el Juez puede declarar la paternidad evaluando tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado**, o en su defecto, declarando al hijo como alimentista.

Que, la prueba de ADN, por su validez científica, está siendo utilizada en diversos países del mundo; advirtiéndose de la legislación comparada que en el caso de la negativa del padre demandado, el juez haciendo efectivo el apercibimiento, resuelve, como única alternativa, declarando la paternidad.

Que, en el Perú después de la dación de la Ley N° 27048, se han presentado varios casos de renuencia al sometiendo de la prueba de ADN, entorpeciendo así la correcta administración de la justicia, que implica, entre otros aspectos, la aplicación irrestricta de la ley; permitiendo que las decisiones judiciales, en algunos casos, no ampare la justa pretensión del demandante, en detrimento del interés legítimo del hijo extramatrimonial.

Que, por lo expuesto:

El Congreso de la República,

Ha dado la Ley siguiente:

### **Artículo 1°.- Norma modificatoria**

Modifícase el Artículo 406 Inciso 6) del Código Civil, en los siguientes términos:

“Artículo 406.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...)

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, **el Juez resolverá declarando la paternidad.**

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

### **Artículo 2°.- Vigencia**

La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de la publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

### **Fundamentos Proyecto de ley Nro.**

Cuando la Comisión Revisora del Código Civil, (promulgada el 24 de julio de 1984 mediante Decreto Legislativo N° 295), donde se recibió opiniones de las mas destacados juristas en materia de Derecho Familia, sin embargo es por motivos del tiempo transcurrido que las normas tienen que someterse a algunos cambios; y, como consecuencia debe ser actualizada la legislación civil en base a los aportes de la investigación y de la realidad socio económico de nuestra sociedad.

Que, la Constitución Política del Perú consagra en su Artículo 2 inciso 2, a que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Se puede señalar expresamente que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece; en este sentido se puede ver que la sociedad debe consolidar el sentido de responsabilidad a una paternidad responsable, donde se reconozca a la persona como concebido tenga de una identidad reflejada en sus progenitores por cuanto es vital precisar que el 6 de enero del año de 1999 se publica en el Diario Oficial "El Peruano" la Ley 27048 que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad donde se ve suelto algunos aspectos de importancia; por lo que consideramos precisar los cambios oportunos a la vigente norma.

La Constitución precisa que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protege a la familia y promueven al matrimonio. Reconociendo a estos últimos como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad; asimismo protege la paternidad y maternidad responsable, reconociendo el derecho de las familias y de las personas; analizando todos estos aspectos de importancia para llegar a lo que es el interés superior del niño, donde encontraremos en la Ley N° 27337, Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes donde anota básicamente lo referido a nuestra propuesta legislativa que se norme garantizando la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad, lo mismo que al derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre propio, a conocer a sus padres y a llevar un apellido. Es por ello que el Estado preserva la inscripción de la identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración.

Por tanto, es importante señalar que el vínculo entre padre e hijo extramatrimonial se encuentren validamente reconocido por Tratados Internacionales que velan por los derechos de los niños desprotegido por sus progenitores o de aquellos que se niegan ha aceptan la paternidad o ha hacerse la prueba del ADN. En la Convención de los Derechos del Niño, se toma en cuenta la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, el mismo que ha sido enunciado en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la asamblea general del 20 de noviembre del año de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales (en particular en el Artículo 10°) y en especial en los estatutos que se interesan por el bienestar de los niños desprotegidos.

Debemos considerar que los Estados Partes tomaran todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido y se tome en consideración primordial el interés superior del niño. La Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de san José”, en el Artículo 17 señala sobre la protección a la familia y que básicamente la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo; dentro de todo lo señalado podemos determinar lo siguiente:

1. No hace mucho era bastante evidente la dificultad que enfrentaban los peticionantes para conseguir el reconocimiento de su paternidad ante los fueros judiciales correspondientes, lo cual era causado en gran medida por la dificultad de circunscribir sus afirmaciones en los supuestos probatorios del artículo 402 del Código Civil antes de su modificación.

2. Se dio un gran avance en la solución de ese problema, cuando se dictó la Ley 27048 y se introdujo de manera definitiva la prueba del ADN como un elemento probatorio de las pretensiones de filiación extramatrimonial. Sin embargo y aún con las modificaciones anotadas se presentan ciertos vacíos que consideramos impiden cumplir a cabalidad los objetivos que se plantearon al ejecutarse tal variación normativa e incluso se presentan elementos nuevos que puedan implicar su distorsión.



3. En el caso de la presente modificación lo que se busca es eliminar cualquier elemento discrecional que el juez tenga al momento de decidir una causa en la que se haya obtenido una prueba positiva del ADN, lo que se busca es que no se de ningún sustento legal o técnico que otorgue al Juez alguna posibilidad de cuestionar la prueba obtenida, máxime si la misma responde a cuestiones genéticas.

4. Viendo las siguientes modificación que responde a la pretensión de desincentivar conductas fraudulentas o irresponsables al sancionar la doble inconcurrencia a la citación de realización de la prueba del ADN. La posibilidad actual permite a la parte que inconcurre deliberadamente la alternativa de evitar la declaración de paternidad al brindarle al Juez un espacio de discrecionalidad al momento de emitir su veredicto.

5. Finalmente lo que se busca es recuperar la puridad de la pretensión del proceso judicial que ve la declaración de paternidad y no la declaración del peticionante como hijo alimentista. La actual posibilidad permite al Juzgador la posibilidad de hacer “justicia social” al declarar al demandante como alimentista, con el lógico perjuicio del demandado que aún no siendo reconocido como padre tenga que sufragar por la manutención del demandante.

### *Formula Legal*

#### **Texto del Proyecto**

La Congresista de la República que suscribe EMMA VARGAS DE BENAVIDES, integrante del Grupo Parlamentario UNIDAD NACIONAL, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le reconoce el artículo 107° de la Constitución Política, presente el siguiente:

#### **PROYECTO DE LEY**

##### **Considerando:**

Que, la Constitución Política del Estado, en su Artículo 1° establece la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado;

Que, toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Señalando expresamente que el concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece, en éste sentido se puede ver que la sociedad debe consolidar la responsabilidad a una paternidad responsable.

Que, la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protege a la familia y promueven al matrimonio. Reconociendo a estos últimos como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad; analizando todos estos aspectos de importancia para llegar a lo que es el interés superior del niño, tal como se dispone en la Ley N° 27337, Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes donde anota básicamente lo referido a nuestra propuesta legislativa de garantizarse la vida del concebido al derecho a una paternidad, conocer a sus padres y llevar un apellido.

Que, debemos considerar que los Estados Partes tomaran todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido y se tome en consideración primordial atender el interés superior del niño. La Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de san José”, en su Artículo 17 señala sobre la protección a la familia y que básicamente la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Que, por las consideraciones expuestas se hace de imperiosa necesidad proponer al Pleno del Congreso de la República la siguiente iniciativa legislativa:

#### **FORMULA LEGAL**

#### **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 402° Y AGREGA EL NUMERAL 7° DEL MISMO ARTÍCULO DEL CÓDIGO CIVIL**

#### **OBJETO DE LA LEY**

**Artículo 1°.-** Modifíquese el inciso 6 del artículo 402° del Código Civil Vigente, el mismo que quedará redactado de la manera siguiente:

#### **Artículo 402°.- Declaración judicial de paternidad extramatrimonial**

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. *Ante la negativa de una doble inconcurrencia bajo apercibimiento del demandado para someterse a la prueba de ADN, el juez declarara la paternidad del demandado.*

**Artículo 2°.-** Adiciónase el numeral 7° del artículo 402° del Código Civil, el cual quedara redactado de la siguiente forma:

***7°.- Cuando el hijo alimentista sea declarado a través de la causal prevista en el inciso 6, también será aplicable lo dispuesto en el Artículo 415°.***

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimara *toda presunción cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica.*

Lima, 04 de Diciembre del Año 2002

#### **Fundamentos Proyecto de ley Nro.**

Cuando la Comisión Revisara del Código Civil, (promulgada el 24 de julio de 1984 mediante Decreto Legislativo N° 295), donde se recibió opiniones de las mas destacados juristas en materia de Derecho Familia, sin embargo es por motivos del

tiempo transcurrido que las normas tienen que someterse a algunos cambios; y, como consecuencia debe ser actualizada la legislación civil en base a los aportes de la investigación y de la realidad socio económico de nuestra sociedad.

Que, la Constitución Política del Perú consagra en su Artículo 2 inciso 2, a que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Se puede señalar expresamente que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece; en este sentido se puede ver que la sociedad debe consolidar el sentido de responsabilidad a una paternidad responsable, donde se reconozca a la persona como concebido tenga de una identidad reflejada en sus progenitores por cuanto es vital precisar que el 6 de enero del año de 1999 se publica en el Diario Oficial "El Peruano" la Ley 27048 que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad donde se ve suelto algunos aspectos de importancia; por lo que consideramos precisar los cambios oportunos a la vigente norma.

La Constitución precisa que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protege a la familia y promueven al matrimonio. Reconociendo a estos últimos como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad; asimismo protege la paternidad y maternidad responsable, reconociendo el derecho de las familias y de las personas; analizando todos estos aspectos de importancia para llegar a lo que es el interés superior del niño, donde encontraremos en la Ley N° 27337, Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes donde anota básicamente lo referido a nuestra propuesta legislativa que se norme garantizando la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad, lo mismo que al derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre propio, a conocer a sus padres y a llevar un apellido. Es por ello que el Estado preserva la inscripción de la identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración.

Por tanto, es importante señalar que el vínculo entre padre e hijo extramatrimonial se encuentren validamente reconocido por Tratados Internacionales que velan por los derechos de los niños desprotegido por sus progenitores o de aquellos que se niegan ha aceptan la paternidad o ha hacerse la prueba del ADN. En la Convención de los Derechos del Niño, se toma en cuenta la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, el mismo que ha sido enunciado en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la asamblea general del 20 de noviembre del año de 1959 y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales (en particular en el Artículo 10°) y en especial en los estatutos que se interesan por el bienestar de los niños desprotegidos.

Debemos considerar que los Estados Partes tomaran todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido y se tome en consideración primordial el interés superior del niño. La Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto de san José", en el Artículo 17 señala sobre la protección a la familia y que



básicamente la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo; dentro de todo lo señalado podemos determinar lo siguiente:

1. No hace mucho era bastante evidente la dificultad que enfrentaban los peticionantes para conseguir el reconocimiento de su paternidad ante los fueros judiciales correspondientes, lo cual era causado en gran medida por la dificultad de circunscribir sus afirmaciones en los supuestos probatorios del artículo 402 del Código Civil antes de su modificación.

2. Se dio un gran avance en la solución de ese problema, cuando se dictó la Ley 27048 y se introdujo de manera definitiva la prueba del ADN como un elemento probatorio de las pretensiones de filiación extramatrimonial. Sin embargo y aún con las modificaciones anotadas se presentan ciertos vacíos que consideramos impiden cumplir a cabalidad los objetivos que se plantearon al ejecutarse tal variación normativa e incluso se presentan elementos nuevos que puedan implicar su distorsión.

3. En el caso de la presente modificación lo que se busca es eliminar cualquier elemento discrecional que el juez tenga al momento de decidir una causa en la que se haya obtenido una prueba positiva del ADN, lo que se busca es que no sé de ningún sustento legal o técnico que otorgue al Juez alguna posibilidad de cuestionar la prueba obtenida, máxime si la misma responde a cuestiones genéticas.

4. Viendo las siguientes modificación que responde a la pretensión de desincentivar conductas fraudulentas o irresponsables al sancionar la doble inconcurrencia a la citación de realización de la prueba del ADN. La posibilidad actual permite a la parte que inconcurre deliberadamente la alternativa de evitar la declaración de paternidad al brindarle al Juez un espacio de discrecionalidad al momento de emitir su veredicto.

5. Finalmente lo que se busca es recuperar la puridad de la pretensión del proceso judicial que ve la declaración de paternidad y no la declaración del peticionante como hijo alimentista. La actual posibilidad permite al Juzgador la posibilidad de hacer “justicia social” al declarar al demandante como alimentista, con el lógico perjuicio del demandado que aún no siendo reconocido como padre tenga que sufragar por la manutención del demandante.

### *Formula Legal*

#### Texto del Proyecto

La Congresista de la República que suscribe EMMA VARGAS DE BENAVIDES, integrante del Grupo Parlamentario UNIDAD NACIONAL, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le reconoce el artículo 107° de la Constitución Política, presente el siguiente:

#### **PROYECTO DE LEY**

##### **Considerando:**

Que, la Constitución Política del Estado, en su Artículo 1° establece la defensa de la

persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado;

Que, toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Señalando expresamente que el concebido es sujeto de derecho en cuanto le favorece, en éste sentido se puede ver que la sociedad debe consolidar la responsabilidad a una paternidad responsable.

Que, la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protege a la familia y promueven al matrimonio. Reconociendo a estos últimos como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad; analizando todos estos aspectos de importancia para llegar a lo que es el interés superior del niño, tal como se dispone en la Ley N° 27337, Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes donde anota básicamente lo referido a nuestra propuesta legislativa de garantizarse la vida del concebido al derecho a una paternidad, conocer a sus padres y llevar un apellido.

Que, debemos considerar que los Estados Partes tomaran todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido y se tome en consideración primordial atender el interés superior del niño. La Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de san José”, en su Artículo 17 señala sobre la protección a la familia y que básicamente la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Que, por las consideraciones expuestas se hace de imperiosa necesidad proponer al Pleno del Congreso de la República la siguiente iniciativa legislativa:

#### **FORMULA LEGAL**

#### **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 402° Y AGREGA EL NUMERAL 7° DEL MISMO ARTÍCULO DEL CÓDIGO CIVIL**

#### **OBJETO DE LA LEY**

**Artículo 1°.-** Modifíquese el inciso 6 del artículo 402° del Código Civil Vigente, el mismo que quedará redactado de la manera siguiente:

#### **Artículo 402°.- Declaración judicial de paternidad extramatrimonial**

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. *Ante la negativa de una doble inconcurrencia bajo apercibimiento del demandado para someterse a la prueba de ADN, el juez declarara la paternidad del demandado.*

**Artículo 2°.-** Adiciónase el numeral 7° del artículo 402° del Código Civil, el cual quedara redactado de la siguiente forma:

***7°.- Cuando el hijo alimentista sea declarado a través de la causal prevista en el***

***inciso 6, también será aplicable lo dispuesto en el Artículo 415°.***

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimara ***toda presunción cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica.***

Lima, 04 de Diciembre del Año 2002

### **Fundamentos Proyecto de ley Nro.**

Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física ya a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece; asimismo tiene derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, como se establece dentro de lo dispuesto en el artículo 2° del acotado cuerpo de Ley.

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protege a la familia y promueve el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

***El reconocimiento extramatrimonial, según nuestro actual ordenamiento jurídico puede ser solicitado por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.***

El artículo 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece; “Los Estados partes del acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medios apropiados para ayudar a los padres y a las otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y vivienda”.

En nuestra legislación sobre menores se señala el Principio del interés superior del Niño y Adolescentes y el respeto a sus derechos.

La presente propuesta legislativa se enfoca al interés del niño, en proteger su integridad, su libre desarrollo físico y psicológico; ya que aquel menor que nace dentro de un núcleo de familia, siendo producto de una violación no debería ser reconocido por el violador.

El libre desarrollo físico y psíquico del niño que se encuentra dentro de una familia conformada al ir creciendo ve al marido como su padre, más aun si su verdadero padre, el violador, se encuentra recluido por la comisión del delito y al salir luego de varios años intentara solicitar el reconocimiento del menor.

El daño psicológico ocasionado al menor que se encuentra en plena formación de su personalidad, se vería seriamente dañada, lo que podría conllevar a este menor a volverse rebelde, o a refugiarse en el mundo del pandillaje o drogas.



La presente formula legal trata de evitar que sujetos delincuentes tengan el privilegio de reconocer a un menor al cual no quisieron traer al mundo, o el poder destruir una familia con su simple solicitud de reconocimiento; más aun destruir su formación física y psíquica del menor.

### *Formula Legal*

#### **Texto del Proyecto**

La Congresista que suscribe, integrante del Grupo Parlamentario, Unidad Nacional, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que le confiere el numeral 107° de la Constitución Política del Estado, presenta el siguiente:

#### **Proyecto de Ley**

Considerando:

Que, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, como se señala en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú;

Que, toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física ya a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece; asimismo tiene derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, como se establece dentro de lo dispuesto en el artículo 2° del acotado cuerpo de Ley.

Que, la regulación de la familia tiene por finalidad contribuir con la consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Estado;

Que, es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres;

Por ello, consideramos que resulta importante y necesario introducir la propuesta de la Ley siguiente:

**El Congreso de la República, etc.**

Ha dado la ley siguiente:

**FORMULA LEGAL.**

**Ley que Modifica el Artículo 388° del Código Civil.**

**Objeto de la Ley.**

**Artículo 1°.-** Modifíquese el artículo 388° del Código Civil, el mismo que quedara redactado en los términos siguientes:

**Reconocimiento del hijo extramatrimonial**

**Artículo 388°.-** El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre *en forma conjunta o por uno solo de ellos con solvencia moral.*

***El que habiendo tenido acceso carnal con una mujer sin su consentimiento y la embaraza, podrá solicitar el reconocimiento del hijo extramatrimonial; siempre que el menor no se encuentre dentro de un matrimonio.***

**Vigencia de la Norma.**

**Artículo 2°.-** La presente Ley, entrara en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario Oficial El Peruano.

Comuníquese, etc.

Lima, 26 de Diciembre del 2002.

**Fundamentos Proyecto de ley Nro.**

En la actualidad, existen 1 500 000.00 de peruanos no reconocidos por sus padres; tal situación seguirá incrementándose mientras se mantenga vigente el actual Proceso Judicial de Filiación Extramatrimonial desarrollado en la Vía Procedimental de Conocimiento.

El Proceso de Conocimiento, es el más lato o prolongado de todos los existentes en nuestro ordenamiento procesal, en el cual la obtención de la ansiada Declaración Judicial de Paternidad puede tardar entre tres o cuatro años; esto debido a que el Proceso de Conocimiento, antes denominado Juicio Ordinario, es un proceso patrón, modelo o tipo que constituye la columna vertebral del actual Sistema Judicial Procesal en el que todos los institutos procesales están a su servicio y han sido expresamente elaborados para él.

Un gran porcentaje de personas, no inician el proceso de Filiación Extramatrimonial porque el excesivo tiempo de su tratamiento genera un alto costo económico que la mayoría de los litigantes no pueden cubrir; costos que en muchos casos también ocasionan que una vez iniciado el litigio, éste tenga que ser abandonado en el trayecto por la falta de recursos económicos para su prosecución; favoreciéndose indirectamente, de éste modo, al padre irresponsable.

El hecho de que los peruanos, a que hace referencia en el párrafo precedente, permanezcan sin ser reconocidos por sus progenitores y de cierta manera sin acceso al derecho de identidad, trae como consecuencia directa que el Estado deba asumir su alimentación (Vaso de Leche, Comedores Populares, etc.), salud y educación; aminorando o haciendo más difícil el apoyo destinado a los huérfanos; es decir, a los realmente desamparados.

Que la Filiación Extramatrimonial sea actualmente tramitada en la vía procedimental de procedimiento, no hace más que generar gastos, tanto económicos, como de tiempo y esfuerzo humano en el Poder Judicial al incrementar la llamada Carga Procesal de los Juzgados de Familia.

Por otra parte, los peruanos no reconocidos se encuentran en una situación de

“discapacidad” al tener la calidad de “informales” cuyos derechos se hallan restringidos y su autoestima atropellada.

Las relaciones familiares para los peruanos no reconocidos por sus padres, se encuentran altamente distorsionadas pues sus madres aparecen como solteras, y lo que es peor, en algunos casos, como sus hermanas y sus abuelos como sus padres, etc. lo que origina la falta de correspondencia entre el entrenamiento familiar real y el legal establecido; situación que en el futuro generará problemas y contradicciones en varios de los derechos de la persona no reconocida como por ejemplo en los derechos hereditarios de la misma.

El actual sistema no alienta la paternidad responsable y pone como valores de segundo orden la ética, el honor, el cumplimiento cabal de los deberes paternos, deteriorando en suma, el concepto de familia como núcleo orgánico de la sociedad y fuente de desarrollo y protección de los menores.

Es imprescindible para el país tomar las medidas necesarias para corregir la actual situación en materia de Filiación Extramatrimonial; por lo que creemos de vital importancia, por su interés nacional, que se debe modificar la vía procedimental en la que se le tramita; sustituyéndose por la Vía Procedimental Sumarísima que además de incentivar a los peruanos a que recuperen su real identidad en el menor tiempo posible, recomponiendo así las relaciones familiares; y aligerando la carga procesal, deseche el status de “Peruanos de Segundo Orden” para aquellos no reconocidos.

### *Formula Legal*

#### Texto del Proyecto

SUMILLA: Proyecto de Ley que modifica la vía procedimental de la Filiación Extramatrimonial.

El Congresista que suscribe **YONHY LESCANO ANCIETA**, integrante del partido político Acción Popular, miembro del Grupo Parlamentario UPD, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa, que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política, presenta el siguiente:

#### **PROYECTO DE LEY**

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.-** Que en la legislación actual la Filiación Extramatrimonial no cuenta con una Vía Procedimental propia; y que es tramitada en la Vía Procedimental de Conocimiento al amparo del Art. 475, Inc. 1 del Código Procesal Civil de 1993; siendo, el Proceso de Conocimiento, el más lato o prolongado de todos los existentes en nuestro ordenamiento procesal al ser éste un proceso patrón, modelo o tipo que constituye la columna vertebral del actual Sistema Judicial Procesal en el que todos los institutos procesales están a su servicio y han sido expresamente elaborados para él.

**SEGUNDO.-** Que en la actualidad, existen 1 500 000.00 de peruanos no reconocidos



por sus padres; un gran porcentaje de los mismos no inician el proceso de Filiación Extramatrimonial porque el excesivo tiempo de su tratamiento genera un alto costo económico que la mayoría de los ellos no pueden cubrir; costos que en muchos casos también ocasionan que una vez iniciado el litigio, éste tenga que ser abandonado en el trayecto por la falta de recursos económicos para su prosecución; favoreciéndose indirectamente, de éste modo, al padre irresponsable.

**TERCERO.-** Que la falta de reconocimiento de algunas personas por sus progenitores, determina que el Estado deba asumir su alimentación (Vaso de Leche, Comedores Populares, etc.), salud y educación; aminorando o haciendo más difícil el apoyo destinado a los huérfanos; es decir, a los realmente desamparados.

**CUARTO.-** Que la Filiación Extramatrimonial sea actualmente tramitada en la vía procedimental de procedimiento, no hace más que generar gastos, tanto económico como de tiempo y esfuerzo humano en el Poder Judicial al incrementar la llamada Carga Procesal de los Juzgados de Familia; sin cumplir el real sentido de los principios procesales como el de celeridad y economía procesal.

**QUINTO.-** Que los peruanos no reconocidos se encuentran en una situación de “discapacidad” al tener la calidad de “informales” cuyos derechos se hallan restringidos y su autoestima atropellada; esto sin contar que sus relaciones familiares se encuentran altamente distorsionadas pues sus madres aparecen como solteras, y lo que es peor, en algunos casos, como sus hermanas y sus abuelos como sus padres, etc. lo que origina la falta de correspondencia entre el entrenamiento familiar real y el legal establecido; situación que en el futuro generará problemas y contradicciones en varios de sus derechos como por ejemplo en los derechos hereditarios.

**SEXTO.-** Que el actual sistema no alienta la paternidad responsable y pone como valores de segundo orden la ética, el honor, y el cumplimiento cabal de los deberes paternos, deteriorando en suma, el concepto de familia como núcleo orgánico de la sociedad y fuente de desarrollo y protección de los menores.

**SÉPTIMO.-** Que en la actualidad, dados los grandes avances científicos en el área biomédica y biotecnológica, la probanza de la maternidad y paternidad al 100 % de certeza, se ha visto simplificada y sobre todo accesible a la totalidad de personas que la deseen con la llamada prueba de ADN.

POR LO EXPUESTO:

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA HA DADO LA SIGUIENTE:**

**“LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS Nros. 546 y 547 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, E INCORPORA AL TRÁMITE SUMARÍSIMO A LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL CREANDO EL SUB - CAPÍTULO RESPECTIVO”.**

**ARTÍCULO 1.- TEXTO SUSTITUTORIO.**

### **TITULO III PROCESO SUMARÍSIMO**

## **Capítulo I** **Disposiciones Generales**

### **Artículo 546.**

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

1. Alimentos;
2. Separación convencional y divorcio ulterior;
3. Interdicción;
4. Desalojo;
5. Interdictos;
6. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo;
7. Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal;
- 8. La Filiación Extramatrimonial; y**
9. Los demás que la ley señale.

### **Artículo 547.**

Son competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en el inciso 2, del Artículo 546, los Jueces de Familia. En los casos de los incisos 3, 5 y 6, son competentes los Jueces Civiles.

Los Jueces de Paz Letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1. del Artículo 546 siempre que exista prueba indubitable del vínculo familiar y no estén acumuladas a otras pretensiones en la demanda. En los demás casos, son competentes los Jueces de Familia.

En el caso del inciso 4. del Artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cinco unidades de referencia procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cinco unidades de referencia procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados.

En el caso del inciso 7. del Artículo 546, cuando la pretensión sea hasta diez unidades de referencia procesal, es competente el Juez de Paz; cuando supere ese monto, el Juez de Paz Letrado.

**En el caso del inciso 8. del Artículo 546, son competentes los Jueces de Familia.**

## **ARTÍCULO 2.- CRÉASE EL SIGUIENTE SUB - CAPÍTULO.**

### **Sub - Capítulo 6**

#### **Filiación Extramatrimonial**

### **Artículo 607. A**

Presentada y admitida la demanda; el Juez deberá, en el Auto admisorio de la misma, fijar la fecha, hora y lugar en el que se deberá realizar la prueba biológica del Ácido Desoxiribonucleico (ADN); si ésta según el caso hubiese sido solicitada por la parte demandante.

En caso de que la parte demandada inasista a la prueba de ADN, se le notificará por

segunda vez, señalando nuevo día y hora dentro del los cinco

(5) días siguientes al establecido en la primera citación; bajo apercibimiento de declarar fundada la demanda con la consecuente Declaración Judicial de Paternidad.

#### **Artículo 607. B**

En caso de declararse judicialmente la paternidad; el demandado deberá asumir las costas y costos irrogados por el proceso de Filiación Extramatrimonial.

#### **ARTÍCULO 3.- VIGENCIA DE LA LEY.**

La presente Ley, regirá a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial.

### **Fundamentos Proyecto de ley Nro.**

El proceso civil está destinado a solucionar los conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas a través de una serie de actos que debidamente concatenados, terminan con una sentencia con autoridad de cosa juzgada.

Es en función a la complejidad del tema *probandum*, de la materia o la cuantía, que se diseñan diferentes vías o procesos en las diversas especialidades jurídicas.

Así por ejemplo, en la vía civil, los procesos de mayor complejidad o cuantía, son sustanciados en la vía del proceso de conocimiento. Los procesos abreviados y sumarísimos se reservan para procesos de menor dificultada probatoria o cuantía.

Sin embargo, en el caso del proceso de filiación extramatrimonial, la norma procesal civil ha dispuesto que ésta se tramite en la vía del proceso de conocimiento, que según el artículo 475° del Código Procesal Civil esta reservado para los procesos cuya estimación patrimonial del petitorio sea mayor de trescientas Unidades de Referencia Procesal, es decir para cuantías superiores a S/. 93,000 nuevos soles Dado que la unidad de referencia procesal fue fijada para el presente año en S/ 310 nuevos soles, por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en la RESOLUCION ADMINISTRATIVA N° 006-2003-CE-Poder Judicial, publicada en el diario Oficial el 25 de Enero del año en curso.

La norma acotada, diseñada a inicios de 1993, fecha de promulgación del mencionado código, no ha tomado en cuenta los últimos avances en materia de probanza en el tema de filiación extramatrimonial.

Hoy en nuestros tiempos, existe consenso científico en los niveles de certeza de los resultados de la prueba de ADN, de modo que con su sola realización, a diferencia de otros tiempos, si es posible obtener el nivel de certeza adecuado para que los magistrados se pronuncien en las demandas de paternidad.

Así por ejemplo, la Ley N° 27048, que modificó el Código Civil en su artículo 363° inciso 5), ha establecido que el marido puede incluso negar la paternidad del hijo nacido dentro del matrimonio *cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no*



*existe vínculo parental.*

En particular, las cifras sobre los niveles de irresponsabilidad que permite, una legislación conservadora en este tema son alarmantes. Así, en la exposición de motivos de motivos del Proyecto de Ley en análisis se precisa que en la actualidad, existen 1 500 000.00 de peruanos no reconocidos por sus padres.

Por ello es del caso efectuar los correctivos legislativos necesarios, dado que el Proceso de Conocimiento:

- ☐ ☐ Es el más lato o prolongado de todos los existentes en nuestro ordenamiento procesal, en el cual la obtención de la ansiada Declaración Judicial de Paternidad puede tardar incluso entre tres o cuatro años.
- ☐ ☐ Es más oneroso, dado que los aranceles judiciales aplicables a este proceso son más altos que a al proceso sumarísimo.

Precisamente por ello, un gran porcentaje de personas, no inician el proceso de Filiación Extramatrimonial porque el excesivo tiempo de su tratamiento genera un alto costo económico que la mayoría de los litigantes no pueden cubrir, costos que en muchos casos también ocasionan que una vez iniciado el litigio, éste tenga que ser abandonado en el trayecto por la falta de recursos económicos para su prosecución; favoreciéndose indirectamente, de éste modo, actitudes irresponsables en la filiación.

El fundamento sustancial para la variación de la vía procesal a la vía sumarísima, para la sustanciación del proceso de filiación extramatrimonial reside como ya se señaló, en la validez, eficacia legal y científica de la prueba científica del ADN.

Asimismo, es oportuno señalar que la Ley No 27048 considera en su art. 3° que es la parte demandada quien debe reintegrar el pago por la realización de la prueba, a la parte interesada si resulta vencida, por lo cual la incorporación de este criterio en la norma procesal civil es adecuada. Las personas de escasos recursos económicos podrán invocar el beneficio del Auxilio Judicial en concordancia con lo dispuesto por los artículos 179° y 187° del Código Procesal Civil.

La Vía Sumarísima se caracteriza por tener plazos cortos, concentración de diligencias, urgente solución, exclusividad a los asuntos señalados en el artículo 546° del Código Procesal Civil, oralidad y representación según autorización por excepción expresa contenida en el Art. 554 in fine del C.P.C., de todo ello se infiere que está diseñada para los procesos que requieren URGENTE TUTELA JURISDICCIONAL, como el caso en análisis.

Por tales consideraciones, es del caso proponer un cambio legislativo, en aras de la paz social, justicia oportuna, en aplicación del principio del "**interés superior del niño**".

*Formula Legal*

Texto del Proyecto

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA VÍA DEL PROCESO DE  
FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

El Congresista de la República que suscribe **DR. ALCIDES CHAMORRO  
BALVIN** integrante del Grupo Parlamentario del Frente Independiente Moralizador

(FIM), en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el Art. 107 de la Constitución Política del estado, concordado con el Artículo 75° del reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente Proyecto de Ley.

## **LEY QUE MODIFICA LA VÍA DEL PROCESO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

### **EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.**

Por cuanto

El Congreso de la República del Perú

Ha dado la Ley siguiente:

#### **Artículo 1°.- Modifica los artículos 546 y 547° del Código Procesal Civil**

Modifícase los artículos 546 y 547° del Código Procesal Civil en los términos siguientes:

##### **“Artículo 546.- Procedencia.-**

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

1. Alimentos;
2. Separación convencional y divorcio ulterior;
3. Interdicción;
4. Desalojo;
5. Interdictos;
6. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo;
7. Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal; y

##### **La Filiación Extramatrimonial; y**

9. Los demás que la ley señale.”

##### **Artículo 547.- Competencia.-**

Son competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en **los incisos 2 y 8** del Artículo 546, los Jueces de Familia. En los casos de los incisos 3, 5 y 6, son competentes los Jueces Civiles.

Los Jueces de Paz Letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1. del Artículo 546 siempre que exista prueba indubitable del vínculo familiar y no estén acumuladas a otras pretensiones en la demanda. En los demás casos, son competentes los Jueces de Familia.

En el caso del inciso 4. del Artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cinco unidades de referencia procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cinco unidades de referencia procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados.

En el caso del inciso 7. del Artículo 546, cuando la pretensión sea hasta diez unidades de referencia procesal, es competente el Juez de Paz; cuando supere ese

monto, el Juez de Paz Letrado.

**Artículo 2º.- Incorpora Sub Capítulo al Capítulo I del Título III, Sección Quinta del Código Procesal Civil**

Incorporase el “Sub Capítulo 6” al Capítulo I del Título III, Sección Quinta del Código Procesal Civil, con el siguiente texto:

**Subcapítulo 6  
Filiación Extramatrimonial**

**Artículo 607 –A.-**

Presentada y admitida la demanda; el Juez deberá en el auto admisorio de la misma, fijar la fecha, hora y lugar en el que se realizará la prueba biológica del Ácido Desoxiribonucleico (ADN), si ésta según el caso hubiese sido solicitada por la parte demandante.

En caso de que la parte demandada inasista a la prueba de ADN, se le notificará por segunda vez, señalando nuevo día y hora dentro de los cinco (5) días siguientes al establecido en la primera citación; bajo apercibimiento de declarar fundada la demanda con la consecuente Declaración Judicial de Paternidad.

**Artículo 607- B.-**

En caso de declararse judicialmente la paternidad; el demandado deberá asumir las costas y costos irrogados por el proceso de Filiación Extramatrimonial.

**Artículo 3º.- Norma de Adecuación**

Los procesos de en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley, en el estado en que se encuentren.

Lima, 1º de julio del 2003.

\_\_\_\_\_  
**ALCIDES CHAMORRO BALVIN**  
Congresista de la República

**Fundamentos Proyecto de ley Nro.**

**I.- JUSTIFICACIÓN JURÍDICO – LEGAL : FUNDAMENTOS**

La legislación nacional, en lo referente al reconocimiento de hijos extra matrimoniales, tiene un perfil anacrónico en el cual se presume que las personas actúan de mala fe al realizarla inscripción de un hijo, lo cual no es correcto contemplando el ordenamiento jurídico nacional y supranacional.

Es el caso por ejemplo del Art. N° 392 del código civil que señala “ Cuando el Padre



o la Madre hiciera el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por no puesta.

Este artículo no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido”.

Igual sentido tiene el artículo 37 del Decreto Supremo N° 015-98-P.C.M., reglamento de las inscripciones en el registro nacional de identificación y estado civil.

Los textos de dichas leyes , se contraponen con los de otros dispositivos normativos de trascendencia supranacional donde se establece que el niño tiene, entre otros derechos, el derecho a un nombre, el nombre comprende los prenombrados y los apellidos que deben ser el primer apellido de su padre y el primer apellido de su madre.

El código del niño y adolescente consagra el interés superior del niño, dicho interés está consagrado en los documentos supranacionales sobre derechos del niño que han sido ratificados por el Perú.

La legislación civil y registral actual impide que la madre o el padre que reconoce en forma individual a un hijo , lo registre o lo declare haciendo mención a los datos personales de su otro progenitor, lo cual atenta contra el interés superior del niño y su derecho a conocer quienes son sus padres y tener un nombre completo.

Por los fundamentos antes expresados considero adecuado presentar una reforma legislativa que mejore el texto de los Artículos N° 392, 402 del código civil, y el Artículo 37 del reglamento de RENIEC.

### *Formula Legal*

#### Texto del Proyecto

El Congresista de la República que suscribe, **Dr. Iván Oswaldo Calderón Castillo integrante del Partido Democrático SOMOS PERÚ**, en ejercicio del derecho a iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y en concordancia con el artículo 75° del Reglamento del Congreso de la República propone el siguiente Proyecto de Ley :

#### **EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

**Ha dado la siguiente Ley:**

#### **FÓRMULA LEGAL**

#### **TEXTO DEL PROYECTO**

**“ LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 392° DEL CÓDIGO CIVIL Y ARTÍCULO 37° DE D.S.015-98-PCM ”**

#### **CONSIDERANDO:**

1. Que, la Constitución Política del Estado señala en el artículo 4° que "La

comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono".

2. Que, el artículo 6° de la Carta Fundamental dispone que "La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables".

3. Que, el artículo VIII del D.S. N° 004-99 JUS, Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes, establece el Interés Superior del Niño (Niña) y Adolescente.

4. Que, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 7.1 dispone que "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

5. Que, "Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes", conforme al artículo anteriormente señalado y el artículo 235° del Código Civil.

6. Que, el artículo 6° del D.S. 004-99 JUS, Texto Único Ordenado del Código del Niño y Adolescente, dispone que los hijos, tienen el derecho a un nombre, a conocer a sus padres, y ser reconocido por estos.

#### **POR LAS CONSIDERACIONES EXPUESTAS :**

#### **EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

**Ha dado la siguiente Ley:**

#### **FÓRMULA LEGAL**

#### **TEXTO DEL PROYECTO**

#### **“ LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 392° DEL CÓDIGO CIVIL Y ARTÍCULO 37° DE D.S.015-98-PCM ”**

#### **TÍTULO ÚNICO CAPÍTULO I**

#### **DISPOSICIONES GENERALES**

#### **ARTICULO 1 : FINALIDAD DE LA NORMA**

La presente norma tiene por finalidad modificar el texto de los artículos 392° del Código Civil y 37° del Decreto Supremo N° 015-98-PCM respectivamente. Artículos que quedarán redactados de la siguiente manera :

“**ARTÍCULO 392°** .- cuando el padre o la madre efectuara el reconocimiento de su hijo unilateralmente, puede revelar el nombre del otro progenitor. Si es requerido en la vía judicial, deberá demostrar, bajo su responsabilidad, la veracidad de sus afirmaciones.

Este artículo no rige respecto del progenitor que reconoce al hijo extramatrimonial simplemente concebido”

“**ARTÍCULO 37** .- cuando uno de los progenitores realice individualmente el reconocimiento del hijo extramatrimonial, podrá revelar el nombre del otro progenitor. Dicha revelación será bajo responsabilidad del declarante”

#### **ARTICULO 2 : BENEFICIARIOS DE LA NORMA**

Serán beneficiarios de la presente Ley todos los hijos menores concebidos

extramatrimonialmente, y que sean reconocidos unilateralmente por alguno de sus progenitores en los Registros Civiles de las Municipalidades del país.

## CAPÍTULO II DISPOSICIONES FINALES

### **PRIMERA.- NORMA DEROGATORIA :**

Deróganse, déjense sin efecto y/o adecúese las disposiciones que se opongan o limiten la aplicación estricta de la presente Ley.

### **TERCERA.- DE LA VIGENCIA DE LA NORMA :**

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de la publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Lima, 01 de Octubre del 2003

### **Fundamentos Proyecto de ley Nro.**

La filiación es una situación jurídica que se deriva del hecho natural de la procreación. No coincide, y en ocasiones es hasta deseable que no coincida, la filiación biológica con la filiación jurídica; conforme a la primera, todo ser humano tiene padre y madre, aunque no se sepa quiénes son. La filiación biológica puede definirse como el vínculo que une al progenitor con sus descendientes y tiene importantes manifestaciones en los caracteres hereditarios. Para el Derecho la filiación es más bien el vínculo o relación jurídica que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de procreante y procreado, expresándose en dos principales formas de reconocimiento, la filiación matrimonial y el “*reconocimiento forzoso*”, como lo llama la doctrina mundial o dicho con mayor propiedad la “*declaración judicial de filiación extramatrimonial*”.

Claro está que la filiación jurídica debe basarse en la filiación biológica, y tomar de ella las presunciones e indicios para establecer esa peculiar relación de filiación. Conforme a la naturaleza, no hay hijos sin padre y madre; conforme al Derecho puede haber hijos sin padre ni madre, ya sea porque se desconozcan o porque sabiéndose su identidad, no se hayan cumplido con las formalidades o requisitos para que nazca la relación jurídica de filiación.

Aún cuando biológicamente la filiación y los caracteres hereditarios se reciben de todos los ascendientes, para el Derecho, la filiación se concreta solamente a la relación del hijo con su padre y su madre y por tanto se reduce a paternidad y maternidad, y a través de ellos con los demás ascendientes. Dada la misma naturaleza, la maternidad se establece por el hecho del parto y por la identidad del recién nacido. Se es hijo de la madre si se prueba el parto y que la persona que alega esa filiación maternal es el producto de aquel parto.

La incertidumbre de la paternidad no es biológica sino social pues sólo una célula



masculina puede engendrar al niño en la madre. Esa incertidumbre la despeja el derecho por medio de presunciones, que si bien se basan en elementos biológicos, hacen otro tipo de atribuciones basadas en la integridad de la familia, la paz social, etc., que rebasan el campo biológico y en ocasiones de hecho lo contradicen. La propuesta pretende establecer en forma obligatoria la decisión del juzgador de que el demandado se realiza las pruebas de ADN u otras similares de mayor certeza, la negativa formará convicción de la paternidad, pero frente a esta convicción inferida, el demandado podrá presentar una prueba de ADN que desvirtúe esta presunción, evidenciando que el demandado si estaba dispuesto a someterse a las pruebas, simplemente por la cultura del litigio, se estaría negando.

Cabe señalar, que si paralelamente a la declaración de paternidad se le otorga los derechos correspondientes al hijo alimentista, se esta asegurando no solo el derecho a la identidad, sino al derecho de alimentación que todo menor tiene.

El derecho no puede desarrollarse negando los nuevos hallazgos científicos tanto en el campo de la bioquímica, biofísica, genética entre otras, sobretodo cuando la paternidad de una persona es factible a través del cotejo comparativo del mapa genético del presunto padre con el descendiente.

Como es conocido, el código genético no cambia por el transcurso del tiempo, ni por la influencia de enfermedades, medicamentos o cualquier otra droga, ni mucho menos por transfusiones sanguíneas, pudiendo repetirse tantas veces como sea necesario y el resultado siempre será el mismo.

Finalmente, la prueba del ADN es un hecho científico, objetivo e incontrovertible salvo prueba similar o de mayor certeza situación que todavía no ha surgido, estas circunstancias permiten un carácter disuasivo para el demandado en contribuir con la verdad ante el órgano jurisdiccional y permitir el esclarecimiento de la filiación de una persona.

### *Formula Legal*

#### **Texto del Proyecto**

La Congresista que suscribe, **EMMA VARGAS DE BENAVIDES** integrante del Grupo Parlamentario Unidad Nacional, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que le confiere el numeral 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

#### **Proyecto de Ley**

**“Ley que MODIFICA EL NUMERAL 6 DEL ARTÍCULO 402° DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 295 - CÓDIGO CIVIL”**

#### **OBJETO DE LA LEY**

**Artículo 1°.-** Modifícase el numeral 6 del artículo 402° del Código Civil, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera.

*Artículo 402°.- (...).*

*1. (...)*

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de éstas pruebas luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, **el Juez declarará la paternidad salvo prueba en contrario, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415°.**

(...)

(...)

#### **NORMA DEROGATORIA**

**Artículo 2°.-** Derogánse y/o modifícanse todas las disposiciones legales que se opongán a la presente ley .

Comuníquese, etc.

Lima, 03 de Noviembre de 2003.

### **Fundamentos Proyecto de ley Nro. 10312**

El concepto de identidad personal tiene un aspecto estático y otro dinámico, y es más amplio, que el normalmente aceptado, restringido a la identificación, tales como la fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil. ***Conocer cual es su específica verdad personal es, sin duda, un requisito para la dignidad de la persona, para su autodeterminación.***

El llamado aspecto dinámico del derecho a la identidad se funda en que el ser humano, en tanto unidad, es complejo y contiene una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológica, religiosa o política, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto.

Así como se reconoce que toda agresión a los derechos personalísimos, aunque estos sean de contenido extrapatrimonial, genera derecho al resarcimiento, y consecuentemente, merecen tutela preventiva, no es imaginable *dejar indefensa a la persona frente a una agresión de la magnitud que adquiere aquella que niega o desnaturaliza "su verdad histórica, es decir aquella que se refiere a su entroncamiento.*

***Como una faceta del derecho de todo ser humano a conocer su propia historia, destacamos el derecho a saber quienes fueron sus padres.*** Por ello, la ley civil establece reglas de derecho sustantivo y procesal que ***se orientan a materializar ese derecho que tiene todo hijo a procurar su filiación, ejerciendo las acciones judiciales que la ley permite.***

Sin embargo, de manera contradictoria en el derecho peruano, pese a que ***el no reconocimiento de un hijo, constituye un acto reprochable,*** las ***reglas procesales para el procesamiento de dicha causa constituyen las que mayor dificultad, complejidad, tiempo, probanza y onerosidad ofrecen en todo el sistema procesal, al tramitarse actualmente como proceso de conocimiento.***

El nexo biológico implica responsabilidad jurídica, y quien, por omisión, elude su deber jurídico de reconocer la filiación, viola el deber genérico de no dañar y asume responsabilidad por los daños que cause a quien tenía derecho a esperar el cumplimiento de ese deber jurídico.

No encontramos en dicho estado de cosas, otra explicación que la existencia **de un divorcio entre las normas procesales y el avance de la ciencia**, ya que los mecanismos de probanza actuales de la paternidad distan mucho de los ofrecidos por la ciencia hace cerca de dos décadas cuanto se promulgó el Código Civil; y hace más de una década, cuando se promulgó el Código Procesal Civil.

Hoy en día, el uso de los modernos métodos permite acreditar el nexo biológico con gran certeza superando generalmente al 99,% de probabilidad diagnóstica, **y si se trata de posibilidad de exclusión podría alcanzarse el 99,9%.**

Lo singular del caso, resulta que el proceso de conocimiento en el que se tramita el proceso de filiación extramatrimonial, según lo establecido el artículo 475° del Código Procesal Civil esta reservado para los procesos cuya estimación patrimonial del petitorio sea mayor de trescientas Unidades de Referencia Procesal, es decir para cuantías superiores a S/. 93,000 nuevos soles. Tiene además las tasas más altas respecto de los demás procesos.

La falta ***de un proceso ágil, oportuno y con costos accesibles a la población*** marcan una tendencia en nuestro país, ya que en la actualidad según las cifras estimadas, revelan que existen 1`500 000,00 de peruanos no reconocidos por sus padres.

Por ello es del caso efectuar los correctivos legislativos necesarios, entre ellos:

☐ ☐ ***Variar la vía sustanciación del proceso de filiación extramatrimonial***, pasando a ser un proceso sumarísimo. El fundamento para la variación de la vía procesal a la vía sumarísima, para la sustanciación del proceso de filiación extramatrimonial reside como ya se señaló, en la validez, eficacia legal y científica de la prueba científica del ADN. Asimismo, los menores costos procesales de este proceso, traducido en menores tasas y plazos mas cortos.

☐ ☐ ***Establecer un mecanismo de presunción legal del demandado que no se presenta a la prueba del ADN***, estableciéndose que si no concurre a la segunda citación, se le apercibirá a declararse fundada la demanda.

☐ ☐ ***Regular el momento del pago de la realización del prueba, que no debe ser otro que el momento en el que se toma la muestra del padre presunto***. Dado que en muchos casos, no contar con dicho recurso constituía una barrera económica infranqueable. Es oportuno señalar por ello, que la Ley No 27048 considera en su art. 3° que es la parte demandada quien debe reintegrar el pago por la realización de la prueba, a la parte interesada si resulta vencida, por lo cual la incorporación de este criterio en la norma procesal civil es adecuada. Sin perjuicio de ello, las personas de escasos recursos económicos podrán invocar el beneficio del Auxilio Judicial en concordancia con lo dispuesto por los artículos 179° y 187° del Código Procesal Civil.



La Vía Sumarísima se caracteriza por tener plazos cortos, concentración de diligencias, urgente solución, exclusividad a los asuntos señalados en el artículo 546° del Código Procesal Civil, oralidad y representación según autorización por excepción expresa contenida en el Art. 554 in fine del Código Procesal Civil, infiriéndose de todo ello, que está diseñada para los procesos que requieren **URGENTE TUTELA JURISDICCIONAL**, como el caso en análisis.

### *Formula Legal*

#### Texto del Proyecto

#### **Ley que sumaria el proceso de Filiación Extramatrimonial**

El Congresista **Mario Ochoa Vargas**, representante del Cusco, en ejercicio del derecho de iniciativa legal que establece el Artículo 107° de la Constitución Política, concordante con el Artículo 75° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente Proyecto de Ley.

#### **Ley que sumaria el proceso de Filiación Extramatrimonial**

#### **EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.**

Por cuanto

El Congreso de la República del Perú

Ha dado la Ley siguiente:

#### **Artículo 1°.- Modifica los artículos 546° y 547° del Código Procesal Civil**

Modifícase los artículos 546° y 547° del Código Procesal Civil en los términos siguientes:

#### **“Artículo 546.- Procedencia.-**

Se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

1. Alimentos;
2. Separación convencional y divorcio ulterior;
3. Interdicción;
4. Desalojo;
5. Interdictos;
6. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo;
7. Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal; y
8. **La Filiación Extramatrimonial;** y
9. Los demás que la ley señale.”

#### **Artículo 547.- Competencia.-**

Son competentes para conocer los procesos sumarísimos indicados en **los incisos 2 y 8** del Artículo 546, los Jueces de Familia. En los casos de los incisos 3, 5 y 6, son competentes los Jueces Civiles.

Los Jueces de Paz Letrados conocen los asuntos referidos en el inciso 1. del Artículo

546 siempre que exista prueba indubitable del vínculo familiar y no estén acumuladas a otras pretensiones en la demanda. En los demás casos, son competentes los Jueces de Familia.

En el caso del inciso 4. del Artículo 546, cuando la renta mensual es mayor de cinco unidades de referencia procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cinco unidades de referencia procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados.

En el caso del inciso 7. del Artículo 546, cuando la pretensión sea hasta diez unidades de referencia procesal, es competente el Juez de Paz; cuando supere ese monto, el Juez de Paz Letrado.

**Artículo 2º.- Incorpora Sub Capítulo al Capítulo I del Título III, Sección Quinta del Código Procesal Civil**

Incorporase el “Sub Capítulo 6” al Capítulo I del Título III, Sección Quinta del Código Procesal Civil, con el siguiente texto:

**Subcapítulo 6  
Filiación Extramatrimonial**

**Artículo 607 –A.-**

Admitida la demanda; el Juez en el auto admisorio, fijará la fecha, hora y lugar en el que se realizará la prueba biológica del Ácido Desoxiribonucleico (ADN), si ésta hubiese sido solicitada por alguna de las partes.

En caso de que la parte demandada inasista a la prueba de ADN, se le notificará por segunda vez, señalando nuevo día y hora dentro de los cinco (5) días siguientes al establecido en la primera citación; bajo apercibimiento de declarar fundada la demanda con la consecuente Declaración Judicial de Paternidad.

El costo de la prueba deberá ser abonado, sólo al tomarse la muestra biológica de la parte demandada.

**Artículo 607- B.-**

En caso de declararse judicialmente la paternidad; el demandado deberá asumir las costas y costos irrogados por el proceso de Filiación Extramatrimonial.

**Artículo 3º.- Norma de Adecuación**

Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley, en el estado en que se encuentren.

Lima, 06 de Abril del 2004

**MARIO OCHOA VARGAS  
CONGRESISTA DE LA REPUBLICA**

## **Fundamentos Proyecto de ley Nro. 10455**

### **ANTECEDENTES**

Existe una gran polémica en torno de si al momento de registrarse a un hijo extramatrimonial, la madre debe de colocar en la partida de nacimiento del menor el nombre del supuesto padre, pues esto puede implicar situación injusta si la declaración de la madre resultara falsa.

En la actualidad la ciencia ha avanzado lo suficiente como para determinarse con exactitud quien es el padre de un hijo extramatrimonial.

Ciertamente, la ciencia de la genética ha ingresado en una etapa mediante la cual cada uno de nosotros puede conocer mediante una prueba determinada (la de ADN) quienes son nuestros progenitores, hijos, y demás ascendentes o descendientes.

Cabria si, que la madre pueda iniciar un proceso contra quien considere que es (o son) el padre de su hijo, procedimiento para el cual bastaría que el juez ordenase la inmediata realización de la prueba de ADN, constituyendo la negativa a realizarla, un hecho determinante para declarar la paternidad, sin que sea necesario que el juez merite otras pruebas. Dejándose siempre abierta que el padre, de no haberse sometido a la prueba de ADN, pueda iniciar la correspondiente acción legal contradiciendo la sentencia que le adjudica la paternidad.

Algunas personas han argüido para no pasar por esta prueba, la excesiva onerosidad de la misma, por lo cual es conveniente otorgarles un beneficio de pobreza y ordenar al Ministerio de Salud a asumir la realización de esta prueba, en estos casos.

Para esto es necesario modificar el numeral 6 del Artículo 402° del Código Civil.

### ***Formula Legal***

#### **Texto del Proyecto**

### **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 402° DEL CÓDIGO CIVIL REFERIDO A LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL MEDIANTE LA PRUEBA GRATUITA DE ADN**

La Congresista de la República Dra. FABIOLA MORALES CASTILLO miembro del Grupo Parlamentario UNIDAD NACIONAL, ejerciendo el derecho de iniciativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y en cumplimiento por lo dispuesto en el artículo 75° del Reglamento del Congreso de la República presenta el siguiente Proyecto de Ley:

#### **PROYECTO DE LEY**

EL CONGRESO E LA REPÚBLICA;



Ha dado la presente Ley,

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 402 DEL CÓDIGO CIVIL REFERIDO A LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL MEDIANTE LA PRUEBA GRATUITA DE ADN**

**ARTICULO PRIMERO** *Modifícase el Código Civil.*

Modifícase el numeral 6. del Artículo 402° del Código Civil, el mismo que a partir de la fecha quedará redactado con el siguiente tenor literal:

“Artículo 402°.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:  
...

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Asimismo, cuando un tercero que conozca la existencia de una persona cuya filiación o vínculo parental o maternal no este legalmente determinado, puede iniciar la acción correspondiente ante el juez competente quien exigirá a las partes cuya filiación se discute a realizar la prueba de ADN. Igual se podrá solicitar si los presuntos padre, madre o hijo hubiesen ya fallecido pero de establecerse la filiación podrían derivarse efectos jurídicos que ameritan el proceso de filiación. Ante la negativa de cualquiera de las partes someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido efectivamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415°. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto al hijo de mujer casada cuyo marido hubiese negado la paternidad. El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Ninguna persona podrá argüir falta de ingresos para objetar el sometimiento a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, debiendo en este caso solicitarse la intervención del Ministerio de Salud, quien realizará la prueba en forma gratuita en los hospitales o centros de salud que determine para estos fines.

Lima, 18 de abril del 2004

**Fundamentos Proyecto de ley Nro. 10772**

Dentro de los lineamientos que se planteó la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia – CERIAJUS, en el Plan Nacional y dentro de los Documentos Aprobados por la CERIAJUS, Anexo 1.2, se propone un procedimiento judicial propio reclamar el derecho a la Filiación Extramatrimonial.

La Constitución Política del Perú en su Artículo 2°, inciso 1°, establece el derecho fundamental de toda persona a su identidad, obligando al Estado a través de su Artículo 6°, a implementar una política nacional de población con el objetivo de difundir y promover la paternidad y la maternidad responsables, como principios

medulares de la familia. En efecto, detrás del tema de la identidad y del derecho a la paternidad responsable, subyace el concepto de la dignidad humana, según lo señala Pérez Luño, este supone el valor básico fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral, reconociendo que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualesquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad. La persona humana se concibe así como un ser de eminente dignidad.

Por otro lado, es obligación del Estado, en el ejercicio de su rol tutelar y promotor del bienestar general, conforme a lo señalado en el Artículo 44° de la Constitución, regular los procesos judiciales respetando estos derechos basales, sin abdicar, por supuesto, de su obligación de impartir justicia, dando a cada quien lo que le corresponde.

En este contexto, el Estado tiene la obligación de crear mecanismos procesales idóneos, a fin que cualquier persona, por derecho propio o en representación de terceros (hijos menores), pueda obtener la declaración de paternidad extramatrimonial que le permita acceder a su derecho a la identidad biológica, así como disfrutar de la relación paterno filial, sin necesidad de transitar por un largo y costoso proceso judicial, que por no estar adecuadamente regulado, muchas veces resulta inoficioso.

Por estas consideraciones, y conforme a lo ha señalado en el Plan estratégico para la Reforma Integral de la Administración de Justicia elaborado por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia – CERIAJUS, se propone el texto legal que se detalla en el numeral IV, en relación a la problemática tratada.

La propuesta, según lo señala también la CERIAJUS, procura enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país. Casi un millón y medio de personas tienen directa o indirectamente problemas de filiación extramatrimonial. La idea ha sido contar con un procedimiento propio que respetando los derechos de los involucrados, pero usando medios coercitivos y eficaces, permita alcanzar justicia de manera oportuna. Con este proceso especial se podrá obtener rápidamente la declaración de paternidad extramatrimonial, sin dilaciones ni actuación de pruebas irrelevantes o inútiles, sancionándose la negativa al sometimiento al examen de ADN con la declaración de paternidad del rebelde.

### *Formula Legal*

#### Texto del Proyecto

El Congresista de la República que suscribe **Dr. ALCIDES CHAMORRO BALVÍN**, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, concordado con el Artículo 75° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de Ley:

#### **"PROYECTO DE LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL "**

#### **EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

**HA DADO LA LEY SIGUIENTE:**

**Artículo 1°.- Demanda y Juez competente.**

Quien tenga interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días, el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad.

**Artículo 2°.- Oposición**

La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse y pagar la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes a la fecha en que el demandante preste garantía dineraria por el costo de la prueba.

Si transcurridos los diez días desde la notificación de la prestación de garantía, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad.

**Artículo 3°.- Oposición fundada**

Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada, se ordenará que el oponente se haga cobro de la prueba con la garantía respectiva y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso.

**Artículo 4°.- Oposición infundada**

Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad, se ordenará la devolución de la garantía al demandante y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.

**Artículo 5°.- Apelación**

En este procedimiento solo es apelable el auto que resuelve la oposición. El recurso será concedido sin efecto suspensivo.

**Artículo 6°.- Derogatoria**

Deróguese toda disposición que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.

Lima, 05 de junio del 2004

---

**ALCIDES CHAMORRO BALVIN**  
**Congresista de la República**



